Decis. 43-1 J. B. Geiger

Decis 43

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

<36602003310015

<36602003310015

Bayer. Staatsbibliothek

Merkwürdige

Rechtsfälle

und

Abhandlungen

aus

allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit mit beygefügten Urtheilen und Gutachten der Erlangischen Juristenfacultät

von

Johann Burkhard Geiger

und

Christian Friedrich Glück

Hofräthen und öffentlichen ordentlichen Rechtslehrern auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität.

Erster Band.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm. 1792.

S

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Vorrede.

Die Aufsätze, welche wir hier unsern Lesern mitzutheilen den Anfang machen, sind, wenigstens größtentheils, Resultate unserer practischen Facultätsbeschäftigungen. Die Menge der Acten, welche an die hiesige Facultät von Zeit zu Zeit gelangen, konnte uns reichen Stoff hierzu darbieten, und wir schmeicheln uns daher, nicht ganz alltägliche Rechtsfälle bearbeitet zu haben. Daß Schriften dieser Art, in welchen die Theorie mit der Praxis so innig verbunden wird, ihren entschiedenen Nutzen haben, bedarf zwar keines Beweises; allein eben so gewiß ist es auch, daß selbige an ihrer Zweckmäßigkeit dadurch offenbar verlieren, wenn Urtheile und Gutachten blos in den hergebrachten Formeln und dem gewöhnlichen Tone der Spruchcollegien abgedruckt werden. Denn welchen Leser von Geschmack sollte nicht die sol-

 chen

chen Facultätsarbeiten eigene bis zum Eckel gedehnte Schreibart und die gehäufte Anzahl der eingeschalteten Allegaten ermüden, wenn er auch übrigens für das grosse Ansehen und die Gelehrsamkeit ihrer Verfasser noch so sehr eingenommen wäre? Diesem Vorwurfe sind auch einige der neuesten Producte dieser Art nicht ganz entgangen. Ob wir so glücklich gewesen sind, durch unsern Vortrag jene Unvollkommenheiten zu vermeiden, mögen unsere Leser selbst entscheiden. Unser eifrigstes Bestreben war es wenigstens, durch Mannigfaltigkeit nicht nnbedeutender Gegenstände aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, so wie uns der immer zahlreiche Vorrath unserer Facultätsacten hierzu die Gelegenheit gab, unsere Leser wo nicht ganz zu befriedigen, doch wenigstens nicht ohne Interesse zu unterhalten. Zuweilen haben wir daher den ganzen Rechtsfall selbst erzählt, die Gründe für beyde streitende Theile kurz, jedoch vollständig vorgetragen, und dann die Entscheidung unserer Facultät beygefügt. Wir haben es nicht immer bey den Entscheidungsgründen bewenden lassen, die in den an die Justitzstellen und Partheyen abgegangenen Urtheln und Gutachten gebraucht worden sind, sondern, wo es nöthig

schien,

schien, solche noch mehr zu befestigen und mit neuen Gründen und Allegaten zu vermehren uns bemüht. Zuweilen aber haben wir mit Uebergehung der Geschichtserzählung blos die Rechtsfrage erörtert, auf welche es bey der Entscheidung eines Rechtsfalles hauptsächlich ankam; zuweilen auch in einer kurzen Abhandlung die Rechtssätze voraus geschickt, die wir auf den nachstehenden Rechtsfall angewendet haben. Da Partheyen in wichtigen und sehr zweifelhaften Fällen sich auch wohl von mehreren Facultäten Gutachten ertheilen lassen, so konnte es nicht fehlen, daß auch zuweilen hier ein Gutachten über den nämlichen Fall erscheint, über welchen schon eben dergleichen in andern Sammlungen dieser Art, z. B. in Pütters Rechtsfällen, vorkommt. Beyspiele hiervon geben Nr. V. und VI. unserer Erörterungen. Allein die dem aufmerksamen Leser sehr bald bemerkliche Verschiedenheit in der Ausführung und Darstellung der Rechtsgründe wird sowohl uns gegen den Vorwurf, etwas überflüßiges unternommen zu haben, schützen, als auch den Leser, der beyde Arbeiten vergleicht, durch eine Unterhaltung entschädigen, die nie ohne Nutzen für ihn seyn kann. Wir bemerken noch, daß manche Aufsätze in dieser Samm-

lung vorkommen werden, welche, wie z. B. in dieser ersten, der unter Nr. XV. nicht durch Facultätsacten, sondern durch die auf hiesiger Academie bey mancherley Gelegenheiten von uns gehaltenen Reden sind veranlaßt worden. Unserer Absicht nach sollten noch mehrere Rechtsfälle in diesen ersten Band kommen. Allein die Menge der Geschäfte, womit wir in diesem Winter so sehr beladen worden sind, und die nun herbeygekommene Messe haben die Ausführung dieses Vorhabens unmöglich gemacht. Uebrigens wird statt des Registers jedem Bande ein Inhalt, in welchem wir bey den einzelnen Arbeiten unsere Namen bemerken werden, so wie auch eine Anzeige der in jedem Bande erläuterten Gesetzstellen vorgesetzt werden.

Geschrieben Erlangen den 18. April 1792.

Inhalt.

I. Rechtliches Gutachten über die Frage, ob ein von seinen Eltern verlassenes Judenkind der Landesherrschaft zur Verpflegung und Erziehung in der christlichen Religion heimgefallen sey, und solches den Eltern, wenn sie es künftig zurück fordern sollten, wieder verabfolgt werden müsse? von Geiger. Seite 1.

II. Merkwürdiger Rechtsfall von einem stillschweigenden Vermächtniß einer Schuldbefreyung, zum Beweiß, daß Vermächtnisse in zweifelhaften Fällen mehr für den Legatar als für den Erben zu erklären sind. von Glück. S. 18.

III. Von der Gültigkeit einer von einem Notar aufgesetzten mütterlichen Verordnung unter ihren Kindern, welche von den Zeugen an einem dritten Orte, ohne die Disponentin gesehen, noch, wer sie sey, gewußt zu haben, unterschrieben worden ist, und welche der Notar in der Folge, blos auf die seinem Protocoll einverleibte Versicherung eines erhaltenen mündlichen Auftrags, gerichtlich übergeben hat. von Geiger. S. 43.

IV. Ueber die Beweißkraft eines von einem Kaufmann, und desselben majorennen Tochter gemeinschaftlich geführten sogenannten Notizbuches. von Glück. S. 64.

V. Beantwortung der Frage: Kann der letzte Besitzer von Lehen- und Allodial-Stammgütern, die nach seinem Tode an die weibliche Nachkommenschaft fallen, zu deren Nachtheil die darauf befindlichen Inventarienstücke, an Vieh, Schiff und Geschirr u. dgl., seinen Testamentserben zuwenden? von Geiger. S. 77.

VI. Ist der Nachfolger in einem nach Art und Eigenschaft eines alten rechten Stammlehens neuerworbenen Lehen die mit lehnherrlichem Consense, jedoch ohne seine Einwilligung, auf das Lehen erborgte Capitalien, insoferne nicht deren Verwendung in das Lehen klar erwiesen werden kann, zu bezahlen verbunden? von Geiger. S. 90.

VII. In wie ferne findet das remedium L. fin. Cod. de Edicto D. Hadriani tollendo bey mündlichen Testamenten statt? von Glück. S. 96.

VIII. Ueber das Transmissionsrecht bey Universalfideicommissen, insonderheit, wenn der fideicommissarische Erbe zwar den Erblasser, aber nicht den Fiduciar überlebt hat. von Glück. S. 111.

IX. Rechtliches Gutachten, welches durch einen über ein Codicill des letztern Herrn Grafens von Hanau, Johann Reinhard, und das darin enthaltene Vermächtniß entstandenen wichtigen Proceß veranlaßt worden ist, und vorzüglich die Erklärung dieses Legats, und der zu dessen Auszahlung geschehenen Anweisung, ob sie taxative oder demonstrative zu verstehen sey, betrift. von Geiger. S. 148.

X. Erörterung der Rechtsfrage: ob ein letzter Wille, den blos ein dazu abgeordneter Actuarius mit Zuziehung eines Sendschöffen, und eines andern unbescholtenen Zeugen ausserhalb des Gerichts aufgenommen, für ein rechtsgültiges Testament zu halten sey? von Glück. S. 183.

XI. Von dem Beweiß durch den Eyd gegen ein gerichtliches Protocoll. von Geiger. S. 195.

XII. Ein Fall aus dem peinlichen Rechte, betreffend eine Mutter, die ihr uneheliches Kind hat erfrieren lassen. von Geiger. S. 213.

XIII. Rechtliches Gutachten, betreffend die Frage: Ob derjenige, der seine Sache einem Unterhåndler zum Verkauf übergeben, wenn dieser sie gegen den Auftrag und die Absicht des Committenten bey einem Dritten versetzt, und das darauf erhaltene Geld betrügerischer Weise unterschlagen hat, und davon gegangen ist, die verhandelte Sache mittelst der Eigenthumsklage von dem dritten Besitzer unentgeldlich abzufordern berechtiget sey? von Glück. S. 235.

XIV. Von der Geleitsordnung in den gråfl. Reußischen Landen und einem über deren Auslegung entstandenen Rechtsstreit. von Geiger. S. 259.

XV. Ueber die geistliche Vermåhlung des Bischoffs mit seiner Kirche. von Geiger. S. 279.

Anzeige

der in diesem ersten Bande erläuterten Gesetzstellen.

I.

Aus dem römischen Rechte.

Institutionen.

§. 1. *I. de legat.* pag. 36. not. 28.
§. 1. *I. de fideicomm. hereditat.* pag. 114. et 115.

Pandecten.

L. 1. §. 1. *D. de aestimatoria.* pag. 246. not. 13.
L. 37. §. 1. *D. de legat.* 1. pag. 41. not. 38.
L. 39 §. 6. *D. eodem.* p. 40.
L. 47. *D. de legat.* 2. p. 41.
L. 1. *pr. L.* 3. *pr. D. de liberat. legat.* p. 18.
L. 3. §. 1. *eod.* p. 27.
L. 3. §. 5. *eod.* p. 25.
L. 4. *eodem.* p. 26.

L. 8. *pr. D. eod.* p. 20.
L. 24. *et* 25. *D. eod.* p. 22. et 23.
L. 3. *§.* 2. *D. de adim. vel transfer. legat.* p. 120.
L. 109. *D. de condit. et demonstrat.* p. 130. sqq.
L. 25. *pr. D. ad SCtum Trebell.* p. 125. sqq.
L. 12. *D. de Reg. iuris.* p. 39. not. 33.
L. 35. *D. eod.* p. 38. not. 32.
L. 123. *pr. D. eodem.* p. 54.

Codex.

L. 4. C. *de testib.* p. 108. not. 32.
L. 10. C. *de resc. vendit.* p. 256.
L. 19. C. *de testam.* p. 53. sq. et p. 190. sq.
L. 2. C. *quemadm. testam. aper.* p. 55.
L. un. C. *de cod. toll.* p. 123.
L. 3. C. *de fideicomm.* p. 128. not. 42.
L. ult. C. *de edict. div. Hadr. toll.* p. 98. not. 8.

II.

Aus dem canonischen Rechte.

Decret.

Can. 4. *Caus.* XXI. *Qu.* 2. p. 280.

Decretalen.

Cap. 2. 10. 12. *X. de probat.* p. 104.
Cap. 2. *X. de transl. Episcop.* p. 288.

Bayerische Staatsbibliothek München

I.

Rechtliches Gutachten über die Frage, ob ein von seinen Eltern verlassenes Judenkind, der Landesherrschaft zur Verpflegung und Erziehung in der christlichen Religion heimgefallen sey, und solches den Eltern, wenn sie es künftig zurückfordern sollten, wieder verabfolget werden müsse?

§. 1.

Im Jahre 1776. hat sich ein fremder, angeblich von Wien gekommener Jude, Moses Löw Horwitzer, mit seiner Frau und einem ungefähr acht Monathe alten Kinde, Namens Sara, in Bayreuth eingefunden und nach erhaltener Erlaubniß, bey dem dortigen Tuchscheerer Dörling eingemiethet. Diesem wurde er die Summe von 104 Gulden 21¾ Kr. Rheinl. schuldig, worunter aber die nach seinem Abgange auf die Verpflegung des Kindes verwendeten Kosten nicht mit begriffen waren. Nach einem kurzen Aufenthalt von vier Monathen entwich der Jude heimlich und bald nach ihm auch sein Eheweib, und ließen ihr Kind in dem Hause des Dörlings zurück. Die Barnossen der Judenschaft zu Bayreuth verlangten von dem Dörling die

Auslieferung des Kindes, um es entweder seinen Verwandten in Fürth zu übergeben, oder, daferne diese die Aufnahme des Kindes verweigern sollten, in ihrem Judenarmenhause verpflegen und in ihrer im Lande geduldeten Religion erziehen zu lassen. Weil Dörling das Kind in Güte nicht verabfolgen lassen wollte, so beschwerten sich die Barnossen bey der Hochfürstl. Regierung und baten um ein Mandatum S. C. de exhibendo infante. Die Sache wurde der Amtshauptmannschaft zu Bayreuth zur Untersuchung und allenfalls gütlichen Beylegung übertragen. Allein der Tuchscheerer Dörling verweigerte die Auslieferung des Kindes, wegen seiner Forderung an dessen Eltern, und erklärte, daß er das Kind, wenn er seine Befriedigung nicht erhalten würde, wozu sich auch die Barnossen nicht verstehen wollten, der christlichen Kirche übergeben und taufen lassen wolle, in der Hoffnung, daß ihm sodann Gott seinen Verlust auf andere Weise reichlich ersetzen werde. Die Regierung glaubte, daß es hier nicht sowohl auf die Entscheidung einer Partheisache, sondern vielmehr auf eine von der Landesherrschaft selbst zu treffende Veranstaltung ankomme, und beschloß dahero, von der theologischen und iuristischen Facultät der hiesigen Universität ein gemeinschaftliches Gutachten einzuholen. Da dieser Fall hauptsächlich aus dem rechtlichen Gesichtspunkte zu betrachten ist, so übergehe ich die von dem theologischen Herrn Referenten dem Gutachten beygefügte Gründe, und liefere

blos

blos die Rechtsgründe, mit Beyseitsetzung des bey dergleichen Ausarbeitungen gewöhnlichen Facultäts-Styls.

§. 2.

Bey diesem Falle war vorerst die Frage zu entscheiden, ob das Kind von seinen Eltern für würklich verlassen und analogisch exponirt zu halten sey? Es waren einige Umstände vorhanden, nach welchen es scheinen konnte, daß die Horwitzische Eheleute bey ihrer Entweichung die Absicht nicht gehabt haben mögen, sich ihres Kindes künftig nicht mehr anzunehmen und es seinem Schicksale zu überlassen. Der Dörling hatte nämlich in den Akten angegeben, daß diese Leute ihm, so oft er ihnen seine Furcht, sie möchten heimlich entweichen, zu erkennen gegeben, jederzeit geantwortet hätten, er sollte ja nicht glauben, daß sie, nach ihrem eigenen Ausdruck, so gottlose Rabeneltern seyn und ihr Kind verlassen würden, und daß insonderheit das Horwitzische Eheweib, nachdem ihr Mann schon fort gewesen, diese Erklärung noch mehrmals gegen ihn wiederholt habe. Bey diesen Aeusserungen — bey der natürlichen Liebe, die von Eltern für ihre zumal noch so kleinen Kinder vermuthet wird, und da noch überdieß die Mutter dieses ihr Kind sehr zärtlich geliebt haben soll, schien es nicht glaublich zu seyn, daß diese Leute gleichwohl die Absicht ihr Kind völlig zu verlassen, gehabt haben sollten. Vielmehr war es wahrscheinlich, daß blos die Noth ihre heimliche Entweichung veran-

anlaßt habe, und daß sie, sobald es ihre Umstände nur einigermaßen erlaubten, ihr Kind wieder zu sich nehmen würden. Es schien dahero rathsam zu seyn, vorerst lediglich für die Verpflegung des Kindes zu sorgen, ohne es vor der Hand schon als ein würklich verlassenes Kind zu betrachten und allenfalls gegen seine Eltern, um sich von ihrer eigentlichen Absicht näher zu überzeugen, eine Edictal Citation zu veranstalten, da man den Ort ihres Auffenthalts nicht wußte.

§. 3.

Allein es fehlte nicht an überwiegenden Gründen die vorgedachte Frage bejahend zu beantworten. Da die Horwitzische Eheleute, der ihnen obgelegenen Pflicht, für die Ernährung und Erziehung ihres, besonders noch so zarten Kindes, zu sorgen, sich entschlagen haben, und ihrer so oft wiederholten Versicherung ungeachtet, doch heimlich entwichen sind, ohne um den zukünftigen Unterhalt ihres Kindes im mindesten besorgt zu seyn, so war dieses unstreitig eine Verlassung und analogische Aussetzung des Kindes und eine Handlung, die auf keine Weise gerechtfertiget werden konnte. Hiernächst ergab sich, aus den in den Untersuchungsacten vorgekommenen Aussagen, selbst der Barnossen der Judenschaft zu Bayreuth, daß diese Leute muthwillige Schuldenmacher, offenbare Betrüger und überhaupt solche Leute waren, denen man sogar zutrauen konnte, daß sie bey der Verlassung ihres unerzogenen Kindes

die

die Absicht gehabt haben, sich desselben auch auf die Zukunft nicht weiter anzunehmen. Daß ihnen das künftige Schicksal ihres Kindes sehr gleichgültig gewesen seyn mußte, sahe man daraus, weil sie solches bey ihrem Abgange von Bayreuth, weder ihren Anverwandten in Fürth, noch einem Juden in Bayreuth oder dem dortigen jüdischen Armenhause zur einstweiligen Versorgung und Verpflegung übergeben, sondern dasselbe schlechthin in einem Christenhause zurück gelassen haben, wo sie sich doch die Möglichkeit vorstellen konnten, daß ihr Kind künftig als ein Christenkind erzogen werden dürfte. Hiezu kam, daß die Horwitzische Eheleute seit ihrer Entweichung von Bayreuth weder etwas von dem Orte ihres Auffenthalts hören, noch ihr Kind abholen ließen. Aus diesem allen konnte man auf ihren Vorsatz, sich ihres Kindes auch künftig nicht mehr anzunehmen, schließen. Gesetzt aber auch, sie hätten diese Absicht nicht, sondern vielmehr die Meinung gehabt, die Versorgung ihres Kindes künftig selbst zu übernehmen, sobald es ihre Umstände erlauben würden: so war überhaupt die Absicht, welche diese Leute bey der Verlassung ihres Kindes gehabt haben mochten, in dem gegenwärtigen Falle, eine sehr gleichgültige Sache. Es war hier nicht die Frage, von der Bestrafung des Verbrechens der Exposition der Kinder, wo freylich, nach Vorschrift der Gesetze [1]), auf die dabey gehabte Absicht vorzüglich gesehen werden muß, sondern

1) Nov. 153. Carol. K. G. O. Art. 132.

es kam lediglich darauf an, ob das Kind als ein würklich verlassenes Kind zu betrachten sey, und also die landesherrliche Rechte an demselben eintreten könnten? Hiezu war das bloße Factum, daß die Eltern ihr Kind verlassen haben, ohne Versorge zu dessen Erhaltung zu treffen, hinlänglich. Diese Handlung war aus den Acten klar und nicht zu entschuldigen, die Absicht der Eltern mochte übrigens gewesen seyn, welche sie wollte. Eltern verlieren durch die Verlassung und Aussetzung ihrer Kinder, wie in der Folge gezeigt werden wird, ihre an denselben gehabten Rechte. Die Gesetze sehen nicht darauf, ob sie bey dieser Verlassung sich ihrer Rechte haben begeben wollen, sondern sie erkennen sie derselben verlustig, auch wider ihren Willen. Eben um deswillen war es nicht nöthig die Horwitzischen Eheleute erst noch über ihre Absicht zu hören und ihre Edictal Citation war überflüßig.

§. 4.

Die erste Hauptfrage war nun diese: ob das Horwitzische Kind der Herrschaft zur Verpflegung und Erziehung in der christlichen Religion heimgefallen und daher zu taufen sey? Die Barnossen führten dagegen folgende Gründe an. Da sie sich erboten hätten, das Kind entweder an seine Anverwandte nach Fürth zu schicken, oder solches allenfalls selbst in ihrem Armenhause zu verpflegen und zu erziehen, so könne die Herrschaft dasselbe nicht als ein ihr zur Verpfleg- und Er-

Erziehung heimgefallenes Kind in Anspruch nehmen. Hiernächst sey dieses von seinen Eltern verlassene Judenkind, als ein Waise zu betrachten, mithin müsse ihnen die Versorgung desselben eben sowohl zukommen, als sie für andere unmündigen Kinder der Juden zu sorgen befugt und verpflichtet wären. Das Kind sey ferner ganz unstreitig als eine Jüdin gebohren. Nun sey es der Gerechtigkeit und Billigkeit gemäß, daß Kinder in derjenigen Religion erzogen werden, in welcher sie gebohren worden sind [2]), und es sey eine längst anerkannte Wahrheit, daß Judenkinder, ohne Einwilligung ihrer Eltern nicht getauft werden könnten [3]), welche Einwilligung hier weder vorhanden, noch zu vermuthen sey. Von einem Consens des Kindes selbst, eine andere Religion anzunehmen, als worin es gebohren worden, könne ohnehin keine Frage seyn. Endlich führten die Barnossen noch an, daß die Vorenthaltung dieses Kindes und dessen vorhabende Taufe und Erziehung in der christlichen Religion ihren Privilegien, ihrer Religions- und Gewissensfreyheit, welche doch der Landesfürst allen Juden in seinen Staaten, sowohl einheimischen, als fremden verstattet habe, offenbar entgegen seyn würde.

2) Kirchhofs comment. de eo, quod iustum est, circa educationem liberorum, Cap. IV. §. 13.

3) Beck vom Recht der Juden, Kap. 6. §. 4.

§. 5.

Nun wollen wir aber die Sache auf einer andern Seite betrachten. Der Regent hat unstreitig das Recht und die Pflicht für alle Unterthanen zu sorgen, welche nicht für sich selbst sorgen können. Aus seiner Landeshoheit in Policeysachen entspringt die Befugniß Anstalten zu treffen, daß Menschen, die sich nicht selbst ernähren können, auf öffentliche Kosten ernährt werden [4]. Er kann unglückliche Personen, und also auch Verlassene, mit Recht, als Menschen betrachten, die nunmehr seiner landesherrlichen Vorsorge heimgefallen und überlassen sind [5]. Hierunter gehören ohne Zweifel auch Kinder, die von ihren Eltern entweder im eigentlichen Verstande ausgesetzt, oder sonst verlassen worden sind. Es ist Recht und Pflicht des Regenten, für die Verpflegung und Erziehung solcher Kinder Sorge zu tragen [6]. Die unter den Rechtsgelehrten bestrittene Frage über die Verbindlichkeit zur Verpflegung und Erziehung ausgesetzter Kinder [7], konnte auf den gegen-

4) Nettelbladts Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis §. 1469. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Sp. 324. med. 3. wiewohl derselbe Vol. IX. Sp. 613. med. 5—8. bey der Frage, wem die Verpflegung ausgesetzter Kinder obliegt, andere Grundsätze annimmt.

5) Moser von der Landeshoheit in Policeysachen, Kap. 18. §. 7. 9.

6) Kirchhof a. a. O. Kap. 5. §. 15. 17.

7) Eine kurze Nachricht von dieser Controvers findet sich in Carls von Dalwigk kleinen juristischen Abhandlungen, I. B. Num. 3. (Frankf. am Mayn 1788. 8.)

genwärtigen Fall keinen Einfluß haben, weil der Regent diese Verpflegung und Erziehung freywillig übernehmen wollte. War nun das von seinen Eltern verlassene Judenkind einmal der Vorsorge des Landesherrn heimgefallen, so konnte er auch dessen Erziehung so wie überhaupt, also auch in Ansehung der Religion, so veranstalten, wie er es in seinem Gewissen für gut und dem wahren Wohl des Kindes dienlich zu seyn, befand. Es konnte also kein gegründeter Anstand vorwalten, dieses Kind taufen und in der Folge in der christlichen Religion erziehen zu lassen, da niemand dadurch der mindeste Nachtheil zugefügt wurde [8]). Insbesondere konnten die Eltern des Kindes sich nicht darüber beschweren, daß ihr Kind in einer andern Religion, als worin es gebohren war, erzogen werden sollte. Sie würden nur alsdann Grund, sich zu beschweren, gehabt haben, wenn der Landesherr ihr Kind mit Gewalt hätte wegnehmen und taufen lassen. Dieses würde eine schlechterdings unerlaubte Handlung gewesen seyn. Hievon aber war der gegenwärtige Fall ganz verschieden. Die Eltern hatten ihr Kind freywillig verlassen und sich eben dadurch der elterlichen Gewalt über das-

8) Ganz richtig schreibt Böhmer Iur. Eccles. Protest. Tom. III. Lib. III Tit. 33. §. 55. Neque dubium est, quin etiam infantes, ab infidelibus parentibus expositi, baptismo a Christianis, qui eorum curam et educationem, quam parentes dereliquerunt, susceperunt, offerri possint, cum hoc modo nemini iniuria inferatur. Ebend. Tit. 42. §. 10. Wernhers principia iuris eccles. Prot. Kap. 5. §. 26.

selbe verlustig gemacht. Da ihnen nun keine elterliche Gewalt mehr zustand, so konnte auch wider ihr Recht nicht gehandelt werden, und sie mußten es sich selbst zuschreiben, wenn ihr Kind in einer von der ihrigen verschiedenen Religion erzogen wurde. So sehr die christliche Religion jede Art von Zwang verabscheuet, so wenig ist es doch einem christlichen Regenten verwehrt, eine sich gleichsam von selbst darbietende Gelegenheit zu ergreiffen, wodurch jemand auf eine völlig rechtmäßige Art zum Mitgliede seiner Kirche gemacht werden kann. Dieses ist vielmehr den Pflichten eines christlichen Regentens vollkommen gemäß 9).

§. 6.

Es wird nun darauf ankommen, ob die Barnossen ein Recht hatten, dem Vorhaben des Landesherrn, das Kind zu verpflegen und in der christlichen Religion zu erziehen, zu widersprechen? Dieses wird sich aus der nähern Prüfung ihrer Gründe ergeben. Ist es einmal richtig, daß ein von seinen Eltern ausgesetztes oder verlassenes Kind der landesherrlichen Vorsorge heimgefallen ist, so sind Unterthanen nicht befugt, in dieses landesherrliche Recht einzugreiffen, und der Regent, der sich der Versorgung eines solchen Kindes unter-

9) Moser de officio principis circa religionem et salutem aeternam subditorum, §. 19. in seinen Selectis iuris cum publici tum privati itemque ecclesiastici, Num. 5. Böhmers I. E. P. Lib. III. Tit. 33. §. 20.

terziehen will, ist nicht schuldig, sie andern Menschen, welche sich hiezu freywillig erbieten, zu überlassen. Der von der Vormundschaft über unmündige Judenkinder hergenommene Grund, woraus die Barnossen die Nothwendigkeit der Auslieferung des Kindes an sie erweisen wollten, schlägt nicht im mindesten an, indem zwischen einem durch den Tod seiner Eltern beraubten und einem von seinen lebenden Eltern verlassenen Kinde ein merklicher Unterschied vorwaltet, und von dem, was in Ansehung der Vormundschaft der Pupillen Rechtens ist, sich kein Schluß auf ausgesetzte und verlassene Judenkinder machen läßt. Der Grund, warum die nachgelassenen Kinder verstorbener Juden in der jüdischen Religion erzogen werden, liegt darin, weil ihren Eltern die elterliche Gewalt bis an ihren Tod geblieben ist, und sie deswegen die Religion ihrer Kinder zu bestimmen befugt gewesen, und allemal in solchem Falle die Vermuthung ihres Willens, die Kinder in ihrer Religion erziehen zu lassen, vorhanden ist. Dahingegen kommt es bey Eltern, welche sich durch die Aussetzung oder Verlassung ihrer Kinder der elterlichen Gewalt verlustig gemacht haben, weder auf ihren wahren, noch viel weniger auf ihren vermuthlichen Willen an. Der Umstand, daß das Kind nicht einwilligen konnte, eine andere Religion anzunehmen, als worin es gebohren worden ist, kommt in keine Betrachtung, indem nur bey erwachsenen Personen, welche den christlichen Glauben annehmen wollen, der vorgängige Unterricht

in der christlichen Religion, nebst der ausdrücklichen Einwilligung in die mit ihnen vorgehende Veränderung, nicht aber bey Kindern erforderlich, sondern bey diesen schon genug ist, daß sie auf eine rechtmäßige Art in die Gewalt der Kirche gekommen sind. Eben so wenig war der Vorwand der Barnossen, daß die vorhabende Erziehung des Kindes in der christlichen Religion den Privilegien, der Religions- und Gewissensfreyheit der Juden entgegen seyn würde, gegründet. Durch die der Judenschaft wegen ihrer Religionsfreyheit verstatteten Privilegien, hat sich der Regent seiner landesherrlichen Rechte über verlassene Judenkinder nicht begeben. War gleich das Kind in dem Judenthume gebohren, so hat doch keine Kirche ein Recht auf die Kinder ihrer Mitglieder, in der Maaße, daß diese nothwendig in der Religion ihrer Eltern erzogen werden müssen. Eltern können ja auch die Religion ihrer Kinder bestimmen, und dem Vater ist, der Regel nach, unverwehrt, seine Kinder, auch in einer andern Religion, als zu welcher er sich bekennt, erziehen zu lassen [10]). Die Judenschaft konnte auch keinen von den Eltern des Kindes erhaltenen Auftrag, solches in der jüdischen Religion zu erziehen, anführen, da sie solchen weder würklich erhalten, noch auch von Eltern, die ihre elterliche Gewalt verwürkt haben, erhalten konnte. Sie konnte sich auch auf keine landesherrliche Conceßion grün-

10) Moser de pactis et privilegiis circa religionem §. 54. in den schon angeführten Selectis, num. 4.

gründen, als in welchem Falle sie erst hätte darthun müssen, daß der Regent der Judenschaft das Territorialrecht der Vorsorge für ausgesetzte und verlassene Judenkinder überlassen habe. Eine Stöhrung ihrer Religionsfreyheit war überall nicht zu finden. Die Juden würden nur alsdann Ursache sich zu beklagen gehabt haben, wenn die Landesherrschaft Kinder einheimischer, oder fremder im Lande sich aufhaltender Juden mit Gewalt hätte wegnehmen, und wider Willen der Eltern in der christlichen Religion erziehen lassen, oder wenn jüdischen Eltern Hindernisse in Weg gelegt worden wären, für die Erziehung der Kinder in ihrer eigenen Religion Sorge zu tragen. Alles dieses gesch iehtin dem gegenwärtigen Falle nicht. Den Horwitzischen Eheleuten war unverwehrt, für die Erziehung ihres Kindes, wenn sie solches nicht verlassen hätten, entweder selbst Sorge zu tragen, oder dessen Education andern Juden zu übertragen. Dieses ist aber nicht von ihnen geschehen; sie haben vielmehr eben durch ihre Verlassung des Kindes selbst veranlasset, daß die landesherrliche Befugniß sich der Erziehung des verlassenen Kindes anzunehmen eintrat.

§. 11.

Die andere Hauptfrage war: ob das Kind, wenn es die Eltern künftig zurückfordern sollten, wieder verabfolget werden müßte? Hier konnte nun angeführt werden, daß die Gesetze dem Vater das Recht seine

Kin-

Kinder zu vindiciren, ausdrücklich gestatten [11]) und ihm deswegen Rechtsmittel, namentlich das interdictum de liberis exhibendis an die Hand geben [12]); daß auch ein jüdischer Vater die väterliche Gewalt über seine Kinder habe und ihm also auch die Würkungen derselben zukommen müssen [13]), und daß diese väterliche Gewalt selbst durch die Taufe eines Judenkindes nicht aufgehoben werde [14]).

§. 8.

Aber das Recht seine Kinder zu vindiciren, steht nur einem Vater zu, der die väterliche Gewalt über sie noch hat. Hingegen ist schon durch die gesunde Vernunft leicht zu begreifen, daß Eltern, die der unnatürlichen Handlung fähig sind, ihr Kind auszusetzen, oder zu verlassen, sich eben dadurch ihrer elterlichen Gewalt über das verlassene Kind unwürdig und verlustig machen und das Recht solches zurück zu fordern, ver-

11) L. 1. §. 2. ff. de rei vindicatione.

12) L. 1. §. 1. et 2. ff. de liberis exhibendis.

13) Zieglers diss. de iuribus Iudaeorum, Cap. 2. §. 13. Beck a. a. O. Kap. 6. §. 3. J. H. Böhmers diss. de cauta Iudaeorum tolerantia §. 20.

14) von Selchow elementa iuris germanici privati hodierni §. 369. Ludovici diss. de iure et iurisprudentia domestica, Cap. 3. §. 8.

verlieren [15]). Hiemit stimmen die positiven Rechte vollkommen überein. Die L. 2. C. de infantibus expositis verordnet:

Vnusquisque sobolem suam nutriat. Quodsi exponendam putaverit, animadversioni, quae constituta est, subiacebit. Sed nec dominis vel patronis repetendi aditum relinquimus, si ab ipsis expositos quodammodo ad mortem voluntas misericordiae amica collegerit: nec enim suum quis dicere poterit, quem pereuntem contempsit.

Sollen Herren und Patronen ihr Recht, einen ausgesetzten jungen Sclaven zurück zu fordern verlieren, wie viel mehr muß dieses von den leiblichen Eltern gelten? Die Regeln, unus quisque sobolem suam nutriat und nec suum quis dicere poterit, quem pereuntem contempsit, sind allgemein [16]). Ganz bestimmt ist die Verordnung des canonischen Rechts im cap. un. X. de infantibus et languidis expositis.

Si a patre, siue ab alio, sciente ipso, aut ratum habente (relegato pietatis officio) infans expositus extitit:

15) Perez in praelect, in Codicem Lib. 8. Tit. 52. num. 1. schreibt dahero: patriam potestatem amittit pater, qui propriam sobolem exponit, aut eam passus est alienae misericordiae exponi quam ipse non habet, ut merito indignus sit prole, cuius vitam et mores contempsit.

16) Thomasius diss. de usu practico tituli Institutionum, quibus modis ius patriae potestatis solvitur, Cap. 1. §. 16. not. X. Senckenbergs iura egressus e potestate parentum germanica ac romana §. 6. not. g. in Semestr. Num. 9.

tit: hoc ipso a potestate fuit patria liberatus. Diesen gesetzlichen Vorschriften nach, gehört also die Aussetzung und Verlassung der Kinder unter die Fälle, wodurch die väterliche Gewalt von selbst aufhört [17]. Dieser Verlust mußte bey den Horwitzischen Eheleuten um so mehr eintreten, als ihre Handlung ganz unverantwortlich war, da sie Anverwandten in Fürth und Gelegenheit hatten, ihr Kind in dem Judenarmenhause zu Bayreuth unterzubringen und gleichwohl solches, ohne die geringste Vorsorge zu treffen, zurück gelassen haben. Es kam aber noch ein anderer Grund hinzu, weswegen diesen Leuten selbst alsdenn, wenn sie sich ihrer elterlichen Gewalt nicht verlustig gemacht hätten, die Auslieferung des Kindes mit Fug abgeschlagen werden konnte, nämlich der Umstand, daß das Kind getauft werden sollte. Ich will mich nicht auf die ehehin fast allgemeine, und auch von einigen neuern [18]) angesehenen Rechtsgelehrten behauptete Meinung gründen, daß durch die Taufe eines Judenkindes die väterliche Gewalt schlechthin aufhöre. So viel bleibt doch richtig, daß, wenn ein Judenkind einmal auf eine völlig erlaubte Art unter die Christen aufgenommen und

17) Gonzalez Tellez Comment. in Decret. Tom. V. pag. 227. Engels collegium universi iuris canonici Lib. V. Tit. II. num. 2. Brunnemans Comment. in Codicem pag. 1055. Höpfners theoretisch-practischer Commentar über die Institutionen §. 159.

18) Leyser Med. ad Pand. Vol. I. Spec. 21. med. 7. Mosers Abhandlungen aus dem teutschen Kirchenrecht, S. 125.

und rechtmäßig getauft worden ist, die Kirche ein Recht hat, zu verhindern, daß ein dergleichen Kind, welches die Jahre noch nicht erreicht hat, wo es über Glaubenslehren selbst urtheilen kann, von seinen, in ihrem Glauben verharrenden Eltern, nicht wieder zum Judenthum verführt oder gar gezwungen werde. Dieser Zwang, diese Verführung würde sicher zu erwarten seyn, wenn das Kind seinen jüdischen Eltern wieder ausgeliefert werden sollte. Hieraus folgt also, daß zwar durch die Taufe eines Judenkindes die väterliche Gewalt nicht in ihrem ganzen Umfange verlohren geht, jedoch aber jüdische Eltern nicht verlangen können, ihr getauftes Kind ihnen wieder einzuhändigen; daß sie nicht ad exhibendos liberos klagen können [19], sondern sich gefallen lassen müssen, daß ihr Kind von Christen erzogen werde.

19) Böhmers I. E. P. Tom. III. Lib. 3. Tit. 33. §. 80.

II.

Merkwürdiger Rechtsfall von einem stillschweigenden Vermächtnisse einer Schuldbefreyung, zum Beweiß, daß Vermächtnisse in zweifelhaften Fällen mehr für den Legatar als für den Erben zu erklären sind.

§. 1.

Vorläufige Bemerkungen über die mancherley Arten eines *legati liberationis*, und desselben Wirkungen.

Daß man allen Arten von Schuldnern dasjenige, was sie schuldig sind, vermachen, und selbige dadurch von ihrer Schuldverbindlichkeit befreyen könne, ist an sich, nach **Ulpians** Ausspruche [1]), ausser Zwei-

1) L. 1. pr. D. de liberat. legata: Omnibus debitoribus ea, quae debent, recte legantur, licet domini eorum sint. und L. 3. pr. D. eodem sagt **Ulpian**, liberationem debitori posse legari, IAM certum est; Aus der Art der Ausdrücke, deren sich der Jurist bedient hat, läßt sich schließen, daß die ältern röm. Rechtsgelehrten über die Frage, ob das Legat einer Schuldbefreyung gültig sey? nicht einerley Meinung müssen gewesen seyn. Der stärkste Zweifelsgrund mag unstreitig derjenige gewesen seyn, welchen **Ulpian** selbst anführt, nämlich daß der Schuldner, dem ich dasjenige vermache, was er schuldig ist, im Grunde den Gegenstand der Schuld schon eigenthümlich inne hat. Nun aber ist bekannt, daß man einem Eigenthümer

Zweifel. Man nennt ein solches Vermächtniß *legatum liberationis*, und so einseitig es gewöhnlich in den ge-

thümer seine eigene Sache nicht vermachen kann, §. 10. I. de legat. L. 13. Cod. de legat. Nächstdem schien auch die Regel des bürgerlichen Rechts im Wege zu stehen, welche Ulpian L. 35. D. de Reg. Iur. vorträgt, nämlich daß rechtliche Handlungen in eben der Art aufgehoben werden müssen, wie sie vollzogen worden sind, wenn man sie vernichten will. So wie demnach durch den blosen Willen des Gläubigers keine Verbindlichkeit kann festgestellet werden, so schien auch der blose Wille desselben zur Aufhebung einer gültig contrahirten Verbindlichkeit nicht hinreichend zu seyn. Allein dieser Gründe ungeachtet gab doch der Wille des Testirers, und der aus einem solchen Vermächtnisse einer Schuldbefreyung für den Schuldner entstehende Nutzen den röm. Rechtsgelehrten ein überwiegendes Argument, für die Gültigkeit desselben zu erkennen. Es waren auch wirklich jene Zweifelsgründe ohne viele Schwierigkeit aus dem Wege zu räumen. Denn einmal soll ja durch ein solches Legat dem Schuldner nicht die Proprietät der schuldigen Sache, welche er schon hat, sondern eine Befreyung von seiner Verbindlichkeit, dem Gläubiger die Schuld zu bezahlen, welche er noch nicht hatte, vermacht seyn. Zum andern war die oben angeführte Regel zwar in so weit hinderlich, daß durch ein solches Vermächtniß die Schuldverbindlichkeit nicht ipso iure aufgehoben wurde, allein deßwegen konnte sie doch per modum exceptionis getilgt werden, und dieses schien auch sowohl der Billigkeit als dem grossen Faveur, womit die Gesetze die Befreyung von Verbindlichkeiten begünstigen (L. 47. D. de Obligat. et actionib.) um so mehr angemessen zu seyn, da auch bey der Erlassung einer Schuld, welche unter den Lebendigen geschiehet, der Gerichtsgebrauch ein gleiches bestätigte. L. 23. L. 53. D. de solut. Man vergleiche Ev. OTTO in Commentar. ad Institut. ad §. 13. de legat. Franc. de

meinen Lehrbüchern des bürgerlichen Rechts pflegt dargestellet zu werden, von so verschiedener Art kann doch solches seyn. Sehen wir zuförderst auf die Person des Schuldners, zu dessen Besten es gereicht, so lassen sich drey verschiedene Fälle denken. Denn ich vermache entweder meinem Schuldner dasjenige, was ich an ihn selbst zu fordern habe, dies ist der gewöhnliche Fall, welchen man insgemein, obwohl unrichtig, zur Bestimmung des Begriffs eines legati liberationis, anzunehmen pflegt; oder ich vermache dem Schuldner meines Erben, oder endlich dem Schuldner eines dritten Gläubigers eine Befreyung von seiner Schuld. Alle drey Fälle faßt **Pomponius** [2]) in folgenden Worten zusammen: Non solum *nostrum debitorem*, sed et *heredis*, et *cuiuslibet alterius*, ut liberetur, legare possumus. Der Unterschied unter diesen drey Fällen besteht in Ansehung der rechtlichen Wirkung darinn. Erstens wenn dem Schuldner dasjenige, so der Testirer selbst von ihm zu fordern hat, vermacht wird, so kann sich der Legatar nicht nur mit der exceptione testamenti et doli schützen, daferne ihn der Erbe belangen wollte [3]), sondern es

AMAYA Observation. iuris lib. II. cap. 14. n. 1—6. Christoph. Lud. CRELL in Diss. legatum liberationis solutione spontanea non extingui. Vitembergae 1742. §. 2. und Io. PVNDSACK Diss. de legato liberationis ab indebito. Goettingae 1753. §. 3.

2) L. 8. pr. D. de liberat. legata.

3) L. 3. §. 3. L. 22. D. eod. tit. L. 17. Cod. de fideicommiss.

es steht ihm auch selbst eine Klage zu. Er kann nämlich über die erlassene Schuld von dem Erben Quittung verlangen [4]; kann auch seinen Schuldschein und die gegebenen Pfänder zurückfordern [5]. Die dem Legatar deshalb zustehende Klage ist die actio personalis ex testamento. Sollte etwa der Erbe die Schuld gegen den Willen des Erblassers dennoch eingezogen haben, so kann der Legatar das Bezahlte zurück fordern [6]. Hätte aber der Schuldner für sich an den

B 3 Erben

4) L. 22. D. de lib. leg. Sollte bey den Römern eine Schuld, die der Gläubiger seinem Schuldner vermacht hatte, gänzlich, und also auch in Ansehung des Mitschuldners und Bürgens getilget werden, so mußte der Legatar das Gesuch seiner Klage darauf richten, daß ihn der Erbe durch Acceptilation von der Schuld befreyen solle. Wollte hingegen der Testirer dem Legatar nur für seine Person eine Schuldbefreyung angedeihen lassen, so war ein bloses pactum hinreichend. L. 3. §. 3. D. de lib. leg. Ios. AVERANIVS Interpretat. iuris Lib. V. cap. 22. n. 1. Dieser Unterschied fällt aber heutiges Tages weg, und eine Quittung ist so wirksam, als alle Feyerlichkeit einer röm. Acceptilation. STRYK Us. Modern. Pandectar. Lib. XXXIV. Tit. 3. §. 1. Sollte sich etwa der Erbe zur Ausstellung einer solchen Quittung gutwillig nicht verstehen, so kann ihn der Schuldner auch ex L. si contendat ad agendum provociren. S. HAHN in Observat. ad Wesenbec. Tit. de liberat. legat. n. 4. und VOET in Comm. ad Pand. eod. tit. §. 4.

5) L. 16. D. eod. Denn das Pfandrecht hört auf, wenn der Gläubiger dem Schuldner die ganze Schuld erläßt. L. 17. §. 2. D. de pact. L. 5. pr. D. quib. mod. pign. vel hyp. solvitur. CRELL in der angef. Dissertation §. IV.

6) L. 7. §. 5. D. de liberat. leg.

Erben vor Eröfnung des Testaments bezahlt, so kommt es auf die Worte des Testirers an, diese müssen entscheiden, was der eigentliche Wille desselben sey. Lauten die Worte so, es solle der Erbe von dem Schuldner nichts verlangen, oder es solle Titius wegen desjenigen, damit er dem Erblasser verhaftet ist, von dem Erben nicht in Anspruch genommen werden, und der Schuldner hätte dennoch vor Eröffnung des Testaments abschläglich bezahlt, so findet nach dem Ausspruche des Papinians [7]) keine Zurückforderung statt. Denn in diesem Falle hat der Testirer dem Schuldner eigentlich nur das vermachen wollen, was derselbe bis zur Eröfnung des Testaments noch schuldig bleiben wird, und der Erbe von ihm fordern könnte, wenn keine Schuld-Befreyung wäre vermacht worden. Der Erbe thut also dem Willen des Testirers ein vollkommenes Genüge, wenn er den Schuldner desselben nicht weiter belangt. Hätte aber der Testirer ausdrücklich erklärt, daß die ganze Schuld dem Schuldner erlassen seyn solle, und dabey die schuldige Summe zugleich ausgedrückt, es heißet z. B. im Testamente: Es sollen dem Titius die 1200 Rthlr, welche er mir schuldig ist, zu gute gehen und erlassen seyn, so ist der Legatar berechtiget, alles, was er dem Erben des Testirers vor Eröffnung des Te-

7) L. 24. D. eodem. Siehe vorzüglich CRELL in der angef. Dissertat. §. V.

Testaments aus Irrthum bezahlt hat, mit der actione ex testamento zurück zu fordern [8]). Denn in diesem Falle wird angenommen, als ob dem Legat nur eine unrichtige Demonstration sey beygefügt worden [9]). Diese aber schadet bekanntermaaßen der Gültigkeit des Vermächtnisses nicht, wenn nur sonst der Wille des Erblassers gewiß ist [10]).

§. 2.

Fortsetzung. Wirkungen des legati liberationis, wenn der Legatar Schuldner des Erben, oder eines dritten Gläubigers ist.

Der andere Hauptfall eines legati liberationis ist, wenn der Erblasser dem Schuldner seines Erben

8) CRELL cit. Dissertat. §. V. pag 27. und vorzüglich Herm. Henr. ab ENGELBRECHT Observat. selectior. forens. ad Mevii opus Decision. Specim. IV. (Wismar et Bützovii 1771. 4.) Obs. 123. welche die Ueberschrift hat: Legatum liberationis quando subsistat, quamvis debitum legatum iam tempore mortis testatoris solutum et extinctum. Es findet jedoch in diesem Falle auch die condictio indebiti statt. L. 26. §. 7. D. de condictione indeb. Denn durch dieses Vermächtniß der Schuldbefreyung wird die natürliche Verbindlichkeit, die sonst der condictioni indebiti im Wege steht, aufgehoben. L. 95. §. 4. D. de solut. S. PVNDSACK in der angef. Dissertat. §. VII in fin. VOET in Commentar. ad Pandect. Tom. II. Lib. XXXIV. Tit. III. §. 6.

9) L. 25. D. de lib. legata. Man vergleiche über diese etwas dunkele Gesetzstelle den AVERANIVS in Interpretat. iuris Lib. V. Cap. 22. n 3. und PVNDSACK cit. Dissertat. §. XVI.

10) L. 75. §. 1. D. de legat. I. L. 88. §. 10. D. de legat. II.

Erben eine Befreyung von seiner Schuld vermacht. Daß der Erblasser hiezu berechtiget sey, hat um so weniger Zweifel, da der Erblasser Sachen des Erben einem dritten vermachen kann[11]). Denn der Erbe ist, wie bekannt, mit dem Erblasser wie eine Person anzusehen. Seine Sachen sind also den Sachen des Erblassers gleich zu achten[12]). Ist nun der Erbe überhaupt verbunden, den Willen seines Erblassers anzuerkennen, und denselben zu befolgen, so muß er sich auch die seinem Schuldner legirte Schuldbefreyung gefallen lassen, und kann daher nicht nur, wie in dem erstern Falle, von dem Legatar mit der actione ex testamento belangt werden, daß er ihn von seiner Schuldverbindlichkeit frey mache; sondern es kann sich auch der Schuldner gegen die Klage des Erben, seines Gläubigers, mit einer Exception schützen[13]). Endlich der letzte Fall ist, wenn dem Schuldner eines dritten Gläubigers eine Schuldbefreyung vermacht wird. Ein solches Legat kann auf verschiedene Art ausgedruckt seyn. Erstlich: wenn ich meinem Erben auferlege, daß er die Schuld des Titius an den Gläubiger desselben bezahle. Zweitens: wenn ich

11) L. 67. §. 8. de legat. 2. L. 25. Cod. de Fideicomm. §. 1. I. de singul. reb. per fideic. relict.

12) Hr. Prof. Westphal hermenevtisch-systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 275. S. 216. folg.

13) VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 3.

ich dem Schuldner selbst vermache, was sein Gläubiger an ihn zu fordern hat. Drittens: wenn ich dem Gläubiger des Titius dasjenige vermache, was ihm letzter schuldig ist. Es mag jedoch das Legat auf diese oder jene Art gefasset seyn, so ist die Wirkung immer die nämliche. Sie besteht nun darin, daß hier gewissermaßen zwey Legatarien vorhanden sind, der Gläubiger sowohl wie der Schuldner [14]). Jener, weil seine Schuldforderung besser gedeckt wird, denn dieser bekommt durch das Legat nunmehr zwey Schuldner, den Erben, und den alten Schuldner, und kann den erstern ex testamento in Anspruch nehmen, wenn gleich der letztere Zahlung leisten könnte; er kann aber auch, wenn ihm dieses bequemer seyn sollte, den letztern auf die Schuld belangen, ohne daß ihm derselbe exceptionem testamenti entgegen setzen kann. Der Schuldner ist aber auch als Legatarius zu betrachten, weil diesem die actio ex testamento gegen den Erben zusteht, mittelst welcher er verlangen kann, daß ihm der Erbe von seiner Schuld befreye, und seinen Gläubiger bezahle. Klagt jedoch der Schuldner, so ist genug, wenn ihm der Erbe Caution leistet, daß er ihn gegen

14) L. 3. §. 5. D. de lib. legata. Nam et si, quod ego debeo Titio, sit ei legatum mei gratia, ut ego liberer, nemo me negabit legatarium: ut et IVLIANVS eodem libro scribit, et MARCELLVS notat, utriusque legatum esse, tam meum, quam creditoris mei, etsi solvendo fuero; interesse enim creditoris, duos debitores habere. VOET in Comment. ad Pandect. cit. Tit. §. 7.

den Anspruch seines Gläubigers vertreten wolle. Klagt im Gegentheil der Gläubiger gegen den Erben, so kann letzter anders nicht zur Bezahlung der Schuld angehalten werden, als wenn er zuvor gegen allen künftigen Anspruch des Schuldners durch Cautionsleistung ist sicher gestellet worden [15].

§. 3.

Eintheilung des legati liberationis in *expressum* und *tacitum*. Fälle, in welchen das letztere statt findet.

Sehen wir ferner auf die Art, wie einem Schuldner die Befreyung von seiner Schuld vermacht werden kann, so kann ein solches Vermächtniß entweder ein ausdrückliches oder ein stillschweigendes seyn. Jenes ist vorhanden, wenn der Testirer mit deutlichen Worten erklärt, daß dem Legatar die Schuld vermacht und hiermit erlassen seyn solle; dieses hingegen, wenn dem Schuldner zwar nicht namentlich eine Schuldbefreyung ist vermacht worden, diese Intention des Erblassers jedoch aus andern Umständen klar zu Tage liegt [16]. Ein solches stillschweigendes

15) L. 4. D. eodem. Quid ergo est, cum agere poterit creditor ex testamento? non aliter heres condemnari debebit, quam si caveatur ei, adversus debitorem defensu iri. Item agente debitore, nihil amplius heres praestare debet, quam ut eum adversus creditorem defendat.

16) Conf. Christoph. Lud. CRELL Diss. de legato tacito et implicito, in quo legatarius non nominatus est; ad L. 3. §. 3.

gendes Legat einer Schuldbefreyung findet unter andern statt, a) wenn der Erblasser seinem Schuldner den Schuldschein legirt, oder seinem Erben auflegt, selbigen dem Schuldner nach dem Tode des Testirers zurück zu stellen [17]. Hätte der Gläubiger auf seinem Sterbebette den Schuldschein selbst seinem Schuldner zurück gegeben, so lassen die Gesetze diese Handlung wenigstens als eine Art von Fideicommiß gelten, und geben dem Schuldner gegen die Erben des Gläubigers eine Exception [18]. b) Wenn einem Schuldner sein Pfand von einem solchen Erblasser vermacht wird, der nicht desselben Gläubiger ist. Denn dabey hat der Erblasser unstreitig die Absicht, daß der Erbe das Pfand einlöse, und den Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreye [19]. Hätte aber der Gläubiger selbst seinem Schuldner das Pfand legirt, so ist ihm dadurch nach Julians Meinung [20] nur das Pfandrecht, aber nicht

§. 3. et 4. D. de liberat. legata. Vitemb. 1742. und Franc. MANTICA Tract. de coniecturis ultimar. voluntat. Lib. IX. Tit. VIII.

17) L. 59. D. de legat. III. L. 3. §. 2. D. de lib. leg.

18) L. 3. §. 1. D eod. Sed et si chirographum quis decedens debitori suo dederit, exceptionem ei competere puto, quasi pro fideicommisso huiusmodi datione valitura.

19) MANTICA a. a. O. n. 5.

20) L. 1. §. 1. D. de liberat. legata. Ant. FABER in Coniectur. iuris civ. Lib. XVII. cap. 7. ist zwar anderer Meinung, allein Franc. de AMAYA in Observat. iuris Lib. II. cap. 14. hat

nicht die Schuld erlassen worden; und dieses ist auch der Rechtsanalogie vollkommen gemäß, einmal weil auch unter den Lebendigen die bloße Zurückgabe des Pfandes keine Erlassung der Schuld involvirt [21]), denn das Pfand ist nur etwas accessorisches, ohne welches die Hauptschuld doch bestehen kann; und zweytens, weil auch schon die bloße Erlassung des Pfandrechts dem Schuldner nützlich ist. Man muß indessen doch mit **Ulpian** die billige Ausnahme statt finden lassen, wenn aus den Umständen bewiesen werden kann, daß der Testirer zugleich die Erlassung der Schuld selbst zur Absicht gehabt habe [22]). c) Zu den Fällen eines stillschweigenden legati liberationis rechne ich ferner, wenn der Erblasser meinem Gläubiger dasjenige vermacht, so ich ihm schuldig bin, von welchem Falle ich jedoch in dem vorherigen §. schon ausführlicher gehandelt habe. Ferner d) wenn der Erblasser in seinem Testamente verordnet, daß der Erbe einen gewissen Anspruch nicht verfolgen solle, welcher ihm vermöge eines von dem Erblasser selbst ihm zum Besten mit einem Dritten geschlossenen Vertrags, gegen diesen zugestanden haben würde, wie folgender der hiesigen Juristenfacultät im Jahr 1790 zur Ertheilung eines rechtlichen Er-

hat ihn gründlich widerlegt. Man sehe auch STRUV in Syntagm. I. C. Exercit. XXXV. Th. 79. ibique MÜLLER.

21) L. 3. D. de pact. S. Westphals Erläuterung der röm. Gesetze vom Pfandrechte §. 237.

22) CRELL cit. Dissertat. §. 1. pag. 6. et §. 2. pag. 12.

Erkenntnisses vorgelegte Fall mit mehrern erläutern wird.

§. 4.

Erzählung eines merkwürdigen Rechtsfalls aus Altenburgischen Gerichts-Acten.

Als die nun verstorbene Frau Geheimeräthin und Hausmarschallin Friderike Sophie Stangin gebohrne von Leitsch zu Altenburg im Jahr 1749 das Rittergut Podelwiz acquirirte, so nahm sie, weil das Gut ein Mannlehn ist, nebst ihrem Gemahl, Christian Ludwig Stangen, und desselben Bruder dem Obristlieutenant Christian August Stangen, auch den Churfürstl Sächsischen Hofrath Rudolph von Bünau, auf Wildenhein, in die gesammte Hand und Mitbelehnschaft an erwähntem ganzen Gute unter lehnsherrlicher Einwilligung an. Zugleich aber machten sich genannte Mitbelehnte in einem lehnsherrlich bestätigten Reverse von 16. Octbr. 1749. gegen obermeldete Frau Geheimeräthin Stangin, als Lehnserwerberin, unter andern dahin verbindlich, daß wenn nach dem Tode derselben die Succeßion in dem besagten Rittergute Podelwiz an sie oder ihre Lehnserben als mitbelehnte gelangen möchte, sie und letztere den Stangischen Testamentserben die Freiheit und Wahl gestatten wollten, das Gut entweder selbst anzunehmen, auf welchem Fall sie sich alsdann nur einen Lehnstamm von 600 fl. vorbehalten wollten, oder aber dasienige, was das Gut sammt Pertinenzien zu der-

derselben Zeit nach zweyer dazu vereydeter Wirthschafts-verständiger Taxatoren Ausspruche über den verglichenen freien Lehnstamm der 600 fl. annoch werth seyn werde, zu fordern. Geraume Zeit nachher machte die Frau Lehnsacquirentin ein Testament, welches sie unterm 30. Aug. 1780. gerichtlich hinterlegte. In diesem setzte sie ihren Gemahl zum Universalerben in ihrem gesammten Vermögen, sowohl be- als unbeweglichen, Allodial- und Lehn-Gütern, ein, substituirte jedoch auf den Fall, da er ihr Erbe nicht seyn würde, mehrere ihrer Verwandten, und unter denselben auch die Geschwister Dorothee Auguste Christiane und Johanne Wilhelmine von Leitsch. Sie verordnete dabey, daß in diesem letztern Falle, da ihr Gemahl vor ihr versterben würde, das Rittergut an die übrigen Mitbelehnten fallen, und diesen auch das Podelwitzer Guts-Inventarium gehören, dahingegen die Allodialerben ausser dem Podelwitzer Hausrath und den Gerthischen und Gensischen Grundstücken nichts weiter als Allode in Anspruch nehmen, auch wegen Bestellung der Felder und der Meliorationen des Guts an die Lehnsfolger keine Ansprüche machen, vielmehr alles dieses den letztern als ein Legat beschieden seyn solle. Die Testirerin starb, und der im Testament versehene Substitutionsfall trat ein. Von den Mitbelehnten nahm der nur allein übrig gebliebene Churfürstl. Sächsische Landkammerrath von Bünau zu Kühndorf, ein Sohn des oben gedachten Hofraths von Bünau, das Rittergut

in Besitz, und empfing die Lehn. Von den substituirten Testamentserben aber traten die oben erwähnten Fräulein Geschwister von Leitsch, welche nach der Verordnung des Testaments zum fünften Theile der Stangischen Verlassenschaft Erben wurden, nunmehr als Klägerinnen auf, und glaubten aus dem oben gedachten Lehnsreverse vermöge der ihnen darinn zugestandenen Wahlfreyheit berechtiget zu seyn, vom Beklagten, dem erwähnten Herrn von Bünau, als Besitzern des Ritterguts, den fünften Theil des ietzigen Werths dieses Guts sammt Lehns-Pertinenzien nach Abzug des fünften Theils des verglichenen Lehns-Quanti von 600 fl. nebst den Zinsen des Verzugs von Zeit der angestellten Klagen zu verlangen. Alles kam auf die Frage an, ob die Erblasserin den Lehnsfolgern die ihnen vermöge Lehnsreverses obliegende Schuldverbindlichkeit durch das ihnen beschiedene Vermächtniß habe erlassen wissen wollen? Die Wittenberger Juristen-Facultät konnte sich hiervon nicht überzeugen, und sprach daher für die Klägerinnen. Allein das Urtheil wurde von hiesiger Facultät abgeändert.

§. 5.

Zweifelsgründe.

Die Gründe, welche der Klägerinnen Gesuch begünstigen, sind zwar nicht ganz unerheblich. Denn erstens scheint ihnen der oben gedachte Lehnsrevers vorzüglich

das

das Wort zu reden, in welchem ausdrücklich versprochen worden ist:

daß wenn die Succession in dem Rittergute Podelwiz nach dem tödlichen Abgange der Frau Schloßhauptmannin Stangin und ihrer Descendenz an sie, die Mitbelehnte, oder deren Lehnserben gelangen möchte, sie, die Mitbelehnte, oder deren Lehnserben den Stangischen Testaments- oder andern Erben die Freyheit und Wahl der Annehmung des Guts oder der Herausgabe eigenes Gefallens lediglich überlassen, und letztern Falls verbunden seyn sollen und wollen, dasjenige, was das Gut sammt Pertinenzien zu derselben Zeit nach zweyer dazu vereydeter Wirthschaftsverständiger Taxatoren Ausspruche über den verglichenen freyen Lehnstamm der 600 fl. annoch werth und geltend seyn wird, ihnen, den Testamentserben, baar herauszuzahlen, oder, wenn dieses nicht gefällig, besagte 600 fl. zu ihrer vollkommenen Abfindung anzunehmen.

Daß aber dieser Revers für den Beklagten, als Erben seines Vaters, welcher denselben mit ausgestellet und unterschrieben hat, nicht weniger verbindlich seyn müsse, scheint ausser allem Zweifel zu seyn. Denn durch das Stangische Testament ist derselbe nicht ausdrücklich aufgehoben worden, indem darinn des gedachten Reverses weder mit einem Worte Erwähnung geschehen, noch über den Werth des mehrgedachten Ritter-

terguts, als worauf es doch nur allein in der gegenwärtigen Streitsache ankommt, disponirt worden ist. Auch kann nicht vermuthet werden, daß die Testirerin das ihren Testamentserben aus dem mehrerwähnten Recesse erworbene Recht denselben habe entziehen wollen. Nam mutatio iuris non praesumitur [23]). Gesetzt aber die Testirerin sollte auch die Absicht gehabt haben, jenes conventionelle und schriftlich errichtete Grundgesetz des Reverses wieder aufzuheben, so hätte doch solches nach der bekannten Rechtsregel: nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est [24]), anders nicht, als auf eben die Art, wie dasselbe errichtet worden, folglich mit der sämmtlichen Interessenten Einwilligung, auch durch Zurückgabe jenes Reverses an die Mitbelehnte, die denselben ausgestellet, geschehen können. Eben deswegen bedurfte es denn auch keiner ausdrücklichen Erneurung jener Reversverbindlichkeit im Testamente, ja es würde dieselbe, weil Beklagter das Gut, nicht ex testamento, sondern als ein in der Mitbelehnschaft begriffener Lehnsfolger erhalten, und also nicht als Erbe der Testirerin anzusehen ist, auf jeden Fall unnütz gewesen seyn. Sodann stehet aus dem, was die Erblasserin den Mitbelehnten in ihrem Testamente als Legat beschieden hat, noch nicht gleich zu folgern, daß dieselbe ihnen auch die

23) L. 27. Cod. de testament.

24) L. 35. D. de Reg. Iur.

die durch den Lehnsrevers begründete Verbindlichkeit zur Herausgabe des Werths des Ritterguts Podelwiz an die Testamentserben habe erlassen wollen, weil nicht nur Vermächtnisse in zweifelhaften Fällen streng zu erklären sind [25]), und vielmehr anzunehmen ist, daß der Testirer seinen Erben so wenig, als möglich, habe beschweren wollen [26]); sondern auch die den Mitbelehnten im Testamente beschiedene Vermächtnisse, da sie deutlich und genau bestimmt worden, mit jener Forderung der Klägerinnen aus dem Lehnsreverse keine Connexion zu haben scheinen. Hierzu kommt noch, daß, da die Mitbelehnte laut des Reverses ihr Mitbelehnschaftsrecht selbst nur zu einem Quantum von 600 fl. angeschlagen, es ein sehr unbilliger Gewinn seyn würde, wenn Beklagter, da dessen verstorbener Vater ohnehin aus bloßer Freundschaft in die Mitbelehnschaft aufgenommen worden, nunmehr bey dem wirklich eingetretenen Falle der Succession der ihm aus dem Reverse obliegenden Verbindlichkeit sich entziehen wollte.

§. 6.

Entscheidungsgründe.

Allein auf den Lehnsrevers ist hier keinesweges das alleinige Absehen zu richten, sondern alles kommt vielmehr darauf an, ob nicht die Testatrix den Mitbelehn-

25) L. 39. §. 6. D. de legat. I. L. 47. D. de legat. II. L. 75. D. de legat. III.

26) L. 34. §. 5. L. 67. §. 8. D. de legat. II.

lehnten die denselben aus jenem Reverse obliegende Verbindlichkeit in ihrem Testamente erlassen habe, und auch habe erlassen können? Dieses aber kann wohl nicht bezweifelt werden, wenn man erwägt, daß nach dem Willen der Testirerin das Rittergut Podelwiz den Mitbelehnten, als Lehnsfolgern, schlechterdings verbleiben, die Testamentserben aber sich mit dem Allodialnachlasse begnügen sollen. Nun ist ersteres aus der im Testamente geschehenen genauen Absonderung des Lehns vom Erbe, und der ausdrücklichen Bestimmung dessen, was zu dem einen, und was zu dem andern gehören solle, deutlich abzunehmen. Letzteres aber ist daraus zu erkennen, daß nach dem Inhalt des Testaments in dem Falle, da das mehrgedachte Rittergut an die Mitbelehnten verfallen sollte, ausser den bey dem Rittergute befindlichen Gertenschen und Gentzischen Erbgrundstücken kein anderes von den substituirten Erben als allodium in Anspruch genommen werden, vielmehr alle übrige Grundstücke den Lehnsfolgern als Lehns-Pertinenzien verbleiben sollen. Diese Disposition würde ganz offenbar vereitelt werden, falls der Lehnsrevers gelten sollte oder könnte, indem, wenn auch gleich die Testamentserben nur den Werth des Ritterguts verlangen, dennoch dieser ohne Zweifel als allodium zu betrachten ist [27]; mithin ihr

27) II. F. 26. §. Si vasallus. Roßmann Abhandl. ob der Werth an die Stelle der Sache trete §. 27. 28. u. 29. in den Erlangischen gelehrt. Anzeigen auf das Jahr 1749. Nr. XXIV. S. 192.

Anspruch offenbar wider die Verordnung der Erblasserin streitet. Nächstdem aber kommt noch vorzüglich in Betrachtung, daß ausser den für Lehnspertinenzien erklärten Grundstücken auch das Podelwizer Guts-Inventarium und Wirthschaftsgeräthe, es bestehe, worin es wolle, den Lehnsfolgern als ein Legat beschieden seyn, und eigenthümlich verbleiben soll. Dieses giebt nicht nur einen neuen unwiderleglichen Beweiß, daß den Mitbelehnten das Rittergut Podelwiz, da ohne dieses ihnen das Guts-Inventarium nichts helfen könnte, allein verbleiben, sondern auch dieselben mit der Bezahlung des Werths an die Testamentserben nicht weiter beschwert seyn sollen. Denn es würde gegen den Begriff eines Vermächtnisses [28]) seyn, den Werth des Legats von dem Vermächtnißnehmer zurück zu fordern. Hierzu kommt endlich noch, daß auch nach dem Inhalte des Testaments die substituirten Testamentserben nicht befugt seyn sollen, wegen der von der Saat, welche auf den Podelwizer Ritterguts-feldern bey der Testirerin Ableben etwa eingeegt seyn wird, zu gewartenden Erndte, oder wegen geschehener Feld- oder Gar-

28) Justinian sagt §. 1. I. de legatis LEGATUM est donatio quaedam a defuncto relicta, ab herede praestanda. Fast eben so Modestin L. 36. D. de legat. II. est donatio testamento relicta. Daß hier der Ausdruck DONATIO in uneigentlicher Bedeutung, wo jede Handlung der Freygebigkeit darunter begriffen wird, genommen werde, sieht ein Jeder von selbst. S. Io. Herm. LUIS Diss. de natura legati generatim et in specie quo tempore debeant. fructus et usurae legati. (Goettingae 1786.) §. 4.

Gartenbearbeitung oder wegen einiger Gutsmeliorationen einige Anforderung an die Lehnsfolger zu machen, vielmehr den Lehnsfolgern die Erlassung aller gedachten Ansprüche, welche die substituirten Landeserben nach gemeinen Rechten an jene, die Lehnsfolger, formiren könnten, als ein Legat beschieden seyn solle. Dieses schließt nun eine stillschweigende Erlassung der den Lehnsfolgern aus dem Reverse sonst obliegenden Verbindlichkeit, den Werth des Guts an die Testamentserben zu bezahlen, um so mehr in sich, je weniger sich eine eigentliche Taxe des Ritterguts Podelwiz sammt Pertinenzien in der Maaße, wie sie vermöge des Lehnsreverses geschehen müßte, gedenken läßt, ohne die Gutsmeliorationen in Anschlag zu bringen. Nam meliorationes pretium feudi augent [29].

§. 7.

Fortsetzung der Entscheidungsgründe.

Hat denn aber die Testirerin den Mitbelehnten, als Lehnsfolgern, jene Verbindlichkeit in Ansehung der Testamentserben erlassen können? Die bejahende Entscheidung dieser Frage ist keinem gegründeten Zweifel unterworfen, da dieses Recht einem jeden Erblasser zusteht, nicht nur seinen Schuldner, sondern auch den

29) Herr Geh. JustizR. Böhmer in Princip. iuris feudal. §. 348.

Schuldner seines Erben von seiner Verbindlichkeit frey zu machen 30).

§. 8.

Widerlegung einiger Zweifelsgründe. Beweiß, daß Vermächtnisse im zweifelhaften Falle mehr für den Legatar als für den Erben zu erklären sind.

So wie sich nun aus dem, was bisher in den Entscheidungsgründen ausgeführt worden ist, die Zweifelsgründe (§. 5.) von selbst erledigen, so findet auch insonderheit die von den Klägerinnen zum öftern vorgeschützte Rechtsregel: nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est, hier nicht die mindeste Anwendung, wo von der Erlassung einer Schuld die Rede ist, die nicht von dem Gläubiger selbst, sondern von einem Dritten im Testamente durch ein legatum libertationis tacitum geschehen ist. Nicht zu gedenken, daß jene Regel, wie schon Leyser 31) bemerkt hat, sich hauptsächlich auf das alte Formularrecht der Römer beziehet, und daher in dieser Rücksicht heutiges Tages ohnehin von keinem Nutzen ist 32). Eben

30) L. 8. pr. D. de liberat. legat. Siehe auch §. 2. dieser Abhandlung.

31) in Meditat. ad Pandect. Vol. XI. Supplem. Specim. I. Coroll. 1. pag. 170. et 171.

32) Ulpian handelte lib. 48. ad Sabinum, woraus die L. 35. D. de R. I. entlehnt ist, die Lehre von der Stipula-

Eben so wenig kann auch der andere in den Zweifelsgründen von den Klägerinnen aufgestellte Satz, daß Vermächtnisse streng und zum Faveur des Erben zu erklären, nach einer ächten Theorie des römischen Rechts vertheidiget werden. Die Gesetze lehren ganz das Gegentheil. Sie geben nicht nur die Regel: in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur [33]); sondern sie wollen auch Vermächtnisse in zweifelhaften Fäl-

pulation und Acceptilation ab, wie man aus der Vergleichung der L. 1. D. de verbor. obligat. L. 8. §. 3. D. de acceptilat. L. 2. D. de novat. L. 36. und 38. D. de iure dot. sieht, welche alle aus dem nämlichen 48sten Buche über Sabinus genommen sind. S. Iac. GOTHOFREDI Commentar. in tit. Pandect. de div. reg. iuris antiq. in Operib iurid. minorib. a Chr. Henr. TROTZ editis (Lugd. Batavor. 1733. fol.) pag. 847. sqq.

33) L. 12. D. de Reg. Iur. Statt interpretantur wäre vielleicht interpretamur zu lesen, diese Leseart bestätigen auch die Basiliken. Daß übrigens diese Regel hauptsächlich auf die Erklärung der Vermächtnisse gehe, erhellet daraus, weil Paulus libro tertio ad Sabinum, woraus jene Regel genommen ist, von Vermächtnissen gehandelt hat, wie Iac. GOTHOFREDVS in Commentar. ad h. L. erwiesen. Das Wort plenius wird hier einer einschränkenden Erklärung entgegengesetzt, und heißt so viel als pinguius, laxius, aequius, uberius, liberalius, benignius. Der Sinn der Regel ist also dieser: in legatis interpretandis testantium voluntati favendum et indulgendum liberalius esse, quam ferat scripti, strictique iuris ratio. Die nämliche Regel braucht auch Ulpian L. 12. §. 1. u. 2. D. de usu et habitatione zum Entscheidungsgrunde, wenn er sagt: neque enim tam stricta interpretandae sunt voluntates defunctorum.

len nach der vermutheten Freygebigkeit des Erblassers immer eher für den Legatar als für den Erben erklärt wissen [34]), quia in legando testator plus favet legatario, quam heredi [35]). Zwar scheint es, als ob in einigen besondern Fällen die Gesetze den Erben mehr begünstigt hätten, als den Legatar. Es hatte sich zum Beyspiel zugetragen, daß ein Erblasser zwey Grundstücke von einerley Namen und ungleichem Werthe hinterlassen. Er hatte ein Grundstück dieses Namens Jemand legirt, und nicht gesagt, welches von beyden? Der Legatar forderte das grössere; der Erbe aber wollte nur das geringere geben, und der Erbe behielt Recht [36]). Ein anderer Erblasser hatte zu gleicher Zeit zwey Exemplare von seinem Testamente ausfertigen lassen. Bey Eröffnung derselben fand sich, daß in jedem derselben ein Legat für den Titius, und zwar von 100 Ducaten in dem einen, in dem andern aber nur von 50 Ducaten,

34) Beyspiele enthalten L. 6. L. 20. in fin. L. 23. D. de annuis legat. L. 56. in fin. D. de usufr. L. 8. D. de usufr. legat. L. 4. pr. D. de aliment. leg. L. ult. D. de usufr. ear. rer. quae usu consum. L. 15. D. de auro et arg. leg. L. 7. pr. D. de trit. vin. et ol. leg. L. 28. §. 3. D. de liberat. legat.

35) Man sehe hier vorzüglich Ios. AVERANIVS in Interpretat. iuris Lib. V. cap. 10. n. 7. sqq. Henr. God. BAVER Diss. de vi L. 96. D. de R. I. in testamentis interpretandis ex rerum argumentis illustrata. Lipsiae 1784. §. VIII. sqq. und Hrn. Prof. Westphal hermenevtisch-systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1965.

36) L. 39. §. 6. D. de legat. I.

ten, enthalten war. Es fragte sich, ob dem Titius nur 50 oder 100 oder gar 150 Ducaten gebühren? Proculus entschied diesen Fall zu Gunsten des Haupterben dahin, daß er dem Legatar nicht mehr als 50 Ducaten zu geben schuldig sey [37]. Diese und mehrere dergleichen Fälle enthalten die in den Zweifelsgründen angeführte Gesetzstellen. Allein hier kam es überall auf eine Wahl an, weil man nicht wußte, welches von beyden der Erblasser gemeint. In solchen Fällen hat freylich der Erbe die Freyheit zu geben was er will [38]. Und überhaupt ist es eine allgemeine Rechtswahrheit, daß wer eine Anforderung hat, die sich auf eine Urkunde gründet, worin ein Doppelsinn in Rücksicht des Wenigern und Mehrern liegt, sich mit dem wenigern abfinden lassen müsse, wenn die Nebenumstände nicht das Gegentheil aufklären [39].

37) L. 47. D. de legat. II.

38) L. 37. §. 1. D. de legat. I. Si de certo fundo sensit testator, nec appareat, de quo cogitavit: electio heredis erit, quem velit dare: aut, si appareat, ipse fundus vindicabitur. Sed et si lancem legaverit, nec appareat, quam? aeque electio est heredis, quam velit dare. S. Westphal im angef. Buche §. 637. S. 476.

39) L. 9. L. 34. D. de Reg. Iur. L. ult. D. de stipul. praetor. L. 38. §. 1. D. de re iudic. L. 27. §. 3. D. de recept. arbitr. Die übrigen in den Zweifelsgründen angeführten Gesetzstellen nämlich L. 34. §. 5. L. 67. §. 8. D. de legat. 2. hat AVERANIVS a. a. O. n. 9. et 10. pag. 205. vortreflich erklärt.

§. 9.

Erlangisches Facultätsurtheil.

Diesem zu Folge erkannte unsere Facultät folgendergestalt: Nunmehr aus den Acten und der Partheyen Einbringen so viel zu befinden, daß Beklagter den Klägerinnen den ihnen in dem vorigen Urtheil zuerkannten fünften Theil desjenigen, was das Rittergut Podelwitz sammt dessen Lehnspertinenzien nach zweyer hierzu zu vereydender wirthschaftsverständiger Taxatoren Ausspruche werth ist, nach Abzug des fünften Theils des verglichenen Lehns-Quanti von 600 fl. nebst den landüblichen Zinsen des Verzugs, von Zeit der angestellten Klage an, zu bezahlen nicht verbunden, sondern der Klägerinnen Suchen überall nicht Statt habe; im übrigen die Unkosten dieser Instanz billig gegen einander aufzuheben. V. R. W.

III.

III.

Von der Gültigkeit einer von einem Notar aufgesetzten mütterlichen Verordnung unter ihren Kindern, welche von den Zeugen an einem dritten Orte, ohne die Disponentin gesehen, noch wer sie sey, gewußt zu haben, unterschrieben worden ist, und welche der Notar, in der Folge, blos auf die seinem Protocoll einverleibte Versicherung eines erhaltenen mündlichen Auftrags gerichtlich übergeben hat.

§. 1.

Die verwittibte A. C. S. in der Reichsstadt N. hat am 24. Jenner 1787. dem Notar und Rathsgerichts Procurator J. S. B. eine Disposition unter ihren Kindern und Enkeln in die Feder dictirt, und, nachdem er solche sofort unterschrieben und in die gehörige Form gebracht, noch an dem nämlichen Tage eigenhändig unterschrieben und besiegelt. Weil die S. die Errichtung ihrer Disposition geheim halten wollte, so ersuchte sie den Notar, er mögte die Zeugen für sich allein requiriren, und von solchen ihre letzte Willensmeinung, unter Verschweigung ihres Namens, in seiner Wohnung unterschreiben lassen, sodann aber solche so lange bey seinem Notariats-Protocoll verwahren, bis er in Erfahrung gebracht haben würde, daß sie

dem

dem Tode nahe sey; dann sollte er sie bey dem Magistrat zu N. niederlegen. Der Notar befolgte diesen Auftrag; unterschrieb und besiegelte nebst dreyen Zeugen die Disposition, und behielt sie bey seinem Protocoll unter einem mit seinem und zweyer der unterschriebenen Zeugen Pettschafften versiegelten Umschlag bis zum 24. Oct. 1787. An eben diesem Tage aber übergab er, auf erhaltene Nachricht von der S. gefährlichen Krankheit die Disposition, in Gegenwart jener beyden Zeugen, beym Magistrat mit der Bitte, sie nach der S. Tode zu eröffnen und zum Vollzug zu bringen, ihm aber zur Legitimation einen Depositionsschein zu ertheilen. Die S. ist darauf am 28. Oct. gestorben, und ihre letzte Willensmeinung wurde am 12. Nov. behörig eröffnet und publicirt. In der Disposition selbst hat die S. aus dem Beweggrunde, um unter ihren fünf Kindern, davon drey noch am Leben, zwey aber vor ihr verstorben waren, eine Gleichheit zu beobachten, verschiedenes zum Vortheil der drey noch lebenden Kinder, ohne jedoch ihre Enkel in dem Pflichttheil zu verkürzen, verordnet. Insbesondere quittirte sie ihren Sohn G. F. S. und ihre anfangs an den D. hernach an B. verheyrathete Tochter über die Bezahlung der beyden vorgeliehenen Kapitalien, nebst Zinnßen; desgleichen die Tochter und den Schwiegersohn H. über die Entrichtung der Bestandgelder von den gepachteten Gütern, und sprach diese drey Personen von aller weitern Anforderung los. Zugleich

legir-

legirte sie dem Schwiegersohn H. verschiedene Grundstücke, mit der Verordnung, daß wenn derselbe noch vor ihr versterben sollte, ihre Tochter, dessen Ehefrau, und nach dieser auch ihre Kinder statt ihrer eintreten sollten. Gegen diese Disposition stellten die von den verstorbenen Kindern hinterlassene Enkel und der Minderjährigen Vormünder die Nichtigkeitsklage an, wodurch die Beklagte veranlaßt worden sind, sich bey der Juristen-Facultät dahier Raths zu erholen. Die Kläger bestritten sowohl die Form, als den Inhalt der Disposition. Ich werde aber die über die Materialien entstandene Streitigkeiten, weil es dabey meist auf factische Umstände ankam, die für unsere Leser kein Interesse haben, übergehen, und mich nur auf die Beurtheilung der Form einschränken.

§. 2.

Es kam zuerst darauf an, wofür die Disposition der S. zu halten sey? Daß sie kein eigentliches Testament einer Mutter unter ihren Kindern seyn sollte, war offenbar, weil sie ihre Kinder und Enkel darin nicht zu Erben eingesetzt hat, wie doch auch bey dem privilegirten Testamente der Eltern unter ihren Kindern erfordert wird [1]), und in dem Eingange der Disposition erklärt

1) Struvs Syntagm. iuris civilis P. II. Exerc. 32. §. 18. Stryk de cautelis testamentorum Cap. 10. §. 10. Reinharths Observ. ad Christinaei decis. Vol. IV. Obs. 17. Heumann de testamento parentum inter liberos §. 10. in Exercitation. iuris universi Vol. I. Spec. 8.

erklärt hatte, wie sie ihren lezten Willen in Form eines Codicills errichten wolle. Darüber aber wurde gestritten, ob es als ein mündliches oder schriftliches Codicill anzusehen sey? Die Kläger behaupteten, daß es ein mündliches Codicill wäre, welches der Notar blos um bessern Beweises willen, zu Papier gebracht, und der Feyerlichkeit wegen auf die dortige Stadtkanzlei zur Aufbewahrung gegeben habe. Bey dieser Voraussetzung glaubten sie ihre Absicht, die Disposition als nichtig umzustossen, desto leichter zu erreichen. Denn sobald man zugab, daß ein mündliches Codicill vorhanden sey, so konnte solches keine rechtliche Gültigkeit haben, man mochte es als ein gerichtliches, oder außergerichtliches betrachten. Als ein außergerichliches konnte es nicht bestehen, weil die Zeugen bey der Handlung selbst nicht gegenwärtig gewesen, und also aus der S. Munde ihre Willensmeinung nicht vernommen haben. Eben so wenig, als ein gerichtliches, weil die S. weder selbst vor dem Magistrat erschienen ist, noch eine Rathsdeputation sich in ihrem Hause eingefunden hat. Allein schon daraus, das die S. alles hat geheim gehalten wissen wollen, folgt, daß sie kein mündliches Codicill machen wollte. Es war also ganz gewiß ein schriftliches, weil sie dem Notar ausdrücklich gesagt hatte, wie sie einen schriftlichen lezten Willen errichten wolle, und den von ihm gefertigten Aufsatz, der vollkommen in der Gestallt einer schriftlichen Disposition eingerichtet war, nachdem er ihr vorgelesen worden,

den, eigenhändig unterschrieben und besigelt hat. Diese Unterschrift und Besieglung ist bey einer mündlichen Disposition, die nur zum künftigen Beweis in eine Schrift gebracht wird, nicht nöthig [a]). Da sie nun ferner dem Notar aufgetragen hatte, ihre Disposition in seiner Behausung unter Verdeckung ihres Namens, durch Zeugen unterschreiben zu lassen, und solche, wenn er erfahren würde, daß sie dem Tode nahe wäre, bey dem Magistrat zu übergeben, welches auch von ihm befolgt worden ist, so konnte wohl ohne Zweifel der letzte Wille der S. als ein schriftliches gerichtlich insinuirtes Codicill betrachtet werden.

§. 3.

Aber nun war die Hauptfrage, ob dieses Codicill für gültig gehalten werden konnte? Hier kam es auf die Entscheidung dieser drey Punkte an; einmal, ob ein Testament durch einen Bevollmächtigten übergeben werden kann, hernach, ob der Notar B. hinlänglich bevollmächtigt gewesen, endlich, ob diese Disposition, im Falle sie als eine gerichtliche nicht gelten sollte, nicht wenigstens als eine außergerichtliche bestehen könne? Die Frage, ob ein Testament durch einen Procurator übergeben werden kann, ist bekanntermaßen unter den Rechtsgelehrten streitig. Die meisten der ältern, auch ver-

a) Carpzovs iurispr. forens. rom. Saxon. P. III. Const. 3. Def. 35.

verschiedene der neuern verneinen sie gänzlich [3]. Man glaubt die Gewisheit des letzten Willens eines Testators würde zweifelhaft bleiben, wenn er den Gerichten seine schriftliche Disposition nicht selbst in eigener Person übergiebt, man befürchtet, es könnte außerdem ein Betrug mit unterlauffen, und gründet sich zugleich auf einige Gesezstellen des römischen Rechts [4]. Es ist auch in einigen teutschen Land- und Stadtrechten würklich verboten, ein Testament durch einen Procurator gerichtlich zu übergeben [5]. Hingegen vertheidigen sonderlich seit Samuel Stryks Zeiten mehrere berühmte Rechtslehrer die Gültigkeit eines von einem Procurator übergebenen Testaments, jedoch unter der Voraussetzung, daß der Procurator mit einer besondern Vollmacht versehen gewesen, welche entweder schriftlich seyn, oder der mündliche Auftrag, durch zwey unverwerfliche Zeugen erwiesen werden muß, und daß ausserdem nicht der mindeste Verdacht eines Betrugs vor-

3) Wolfgang Albert Spies diss. de testamento per procuratorem non offerendo. Alt. 1742. Puffendorfs Observ. iuris universi Tom. IV. Obs. 197. §. 4. 5. 6. Claproths Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen, §. 108.

4) L. 123. pr. ff. de R. I. L. 9. 12. 19. 21. 29. C. de testament.

5) Heumann de testatore per alios voluntatem suam apud acta declarante §. 5. in Exerc. Vol. I. Sp. 5. welcher zugleich noch mehrere Rechtslehrer benennt, welche der verneinenden Meinung beytreten.

vorhanden sey [6]) Endlich hat Georg Samuel Madihn [7]) eine ganz eigene Meinung. Er macht einen Unterschied, ob die Uebergabe an gewöhnlicher Gerichtsstelle geschehen ist, oder nicht. Im letztern Falle will er einen Procurator gar nicht zulassen; im ersten aber, vorausgesetzt, daß der Testator das Testament selbst geschrieben, oder wenigstens unterschrieben hat, verlangt er, daß der Procurator eine, wenigstens von zwey Zeugen mit unterschriebene Vollmacht haben müsse, daferne nicht die Testamentserben mit dem Beweis beladen werden sollen, daß das Testament dem Willen des Testators gemäß insinuirt worden sey.

§. 4.

6) Sam. Strykś diss. de testamento principi vel iudici per procuratorem oblato. 1684. Ebend. de cautelis testamentor. Cap. 8. Tabor de testamento principi aut comiti oblato, in Opusc. Vol. I. pag. 575. sqq. Leyser Medit. ad Pand. Spec. 354. med. 4. Io. Flor. RIVINI diss. de testamento per procuratorem iudici oblato. Lips. 1735. Godofr. Dan. HOFFMANN observat. quaedam testamentariae §. 3. Tub. 1745. GADENDAM diss. de testamento iudici per procuratorem ad acta exhibito. Kil. 1770. Strubens rechtliche Bedenken I. Th. 134. B. IV. Th. 88. B. Georg Jac. Friedr. Meisters practische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrecht. I. B. 11. Bemerk. Bey Rivin und Struben sind noch mehrere Rechtslehrer, die der nämlichen Meinung sind, angeführt. Sie ist auch bey dem Reichshofrathe angenommen. Moser von der teutschen Justizverfassung I. Th. II. B. 50. Kap. §. 14.

7) Diss. de validitate testamenti non rite oblati §. 20. 22.

§. 4.

Die Meinung derjenigen Rechtslehrer, welche ein schriftliches, durch einen Bevollmächtigten in Gerichten übergebenes Testament für gültig halten, verdient gewiß den Vorzug vor den übrigen. In der Natur des Geschäftes liegt kein Grund, warum diese Art der Uebergabe nicht sollte bestehen können. Man giebt ohne Widerrede zu, daß andere Privatgeschäfte, sowohl gerichtliche, als aussergerichtliche, selbst Staatshandlungen von der größten Wichtigkeit, durch Bevollmächtigte vollzogen werden können. Warum sollte denn nicht eben dieses auch bey Testamenten statt finden? Eben so wenig ist einzusehen, wie nach der öffentliche Glaube, den gerichtliche Testamente haben, dadurch vermindert werden soll, daß ein Procurator das Testament übergeben hat [8]). Ich gebe gerne zu, daß es rathsamer sey, wenn der Testator selbst sein Testament dem Gerichte übergiebt. Aber die Gewißheit seines Willens leidet doch darunter nicht, wenn die Uebergabe durch einen Bevollmächtigten geschieht. Ich setze voraus, daß hier nur von schriftlichen Testamenten die Rede sey; daß der Testator noch lebe und das Testament entweder selbst geschrieben, oder doch eigenhändig unterschrieben habe. Wenn er nun dieses gethan, und noch überdieß sein Testament besiegelt und durch die Specialvollmacht sein in den Bevollmächtigten gesetztes Vertrauen bewiesen hat, so ist nicht zu zweifeln, daß das

8) Leyser am ang. O. Strubens rechtl. Bed. IV. 88. Bed.

das von dem Bevollmächtigten übergebene Testament sein letzter Wille sey. Ein in der Folge erregter Zweifel kann durch die Recognition seiner Hand und Siegels gehoben werden. Ein Betrug ist freylich möglich, aber dieser kann doch der Regel nach nicht vermuthet werden. Sonst könnten auch andere Geschäfte, bey welchen der nämliche Betrug möglich ist, durch Bevollmächtigte nicht errichtet werden, und so wäre überall die Gegenwart der Hauptperson erforderlich. Bey einem von dem Testator selbst in Gerichten übergebenen Testamente ist ein Betrug ebenfalls möglich und die Erfahrung bestätiget dieses. Sodann bringt es die Legalitaet eines Gerichts, dem ein Testament durch einen Bevollmächtigten übergeben wird, ohnehin mit sich, mit aller Vorsicht zu Werke zu gehen. Ein Gericht, das seine Pflichten kennt, wird in einzelnen Fällen, wo Zweifel über die Gewißheit des Willens entstehen, oder der mindeste Verdacht eines Betrugs oder einer andern unerlaubten Handlung eintritt, wohl vorbeugen. Es wird die Vollmacht und die Person des Special-Bevollmächtigten genau untersuchen, und wenn ihm dieser unbekannt, oder verdächtig ist, oder es sonst Bedenklichkeit findet, durch eine Gerichtsperson fordersamst bey dem Testator selbst, die erforderliche Erkundigung einziehen [9]). Ich füge nur noch dieses hinzu. Oft hat ein Testator, wie hier würklich der Fall war, wichtige Gründe, geheim zu halten, daß er ein Testament ge-

9) Rivin in der ang. Dissert. §. 29.

gemacht habe. Erscheint er selbst in Gerichten, oder läßt die Gerichtspersonen zu sich kommen, so wird die Sache leicht bekannt. Dieses kann durch einen Bevollmächtigten verhütet werden. Warum sollte er denn diesen Vortheil nicht haben?

§. 5.

Nun wollen wir untersuchen, ob die Gesetze die Uebergabe eines Testaments durch einen Procurator verbieten? In unserm Falle war es ausgemacht, daß die Reichs-Stadt N. kein Gesetz hatte, welches die Uebergabe eines Testaments durch einen Procurator untersagt. Also wird es auf das römische Recht und die oben angeführten Texte ankommen. In der L. 123. pr. ff. de R. I. sagt Ulpian: nemo alieno nomine lege agere potest. Aber dieser Text leidet auf den gegenwärtigen Fall keine Anwendung. Lege agere heißt hier eine Klage aus einem Gesetz anstellen und der Sinn ist dieser, daß niemand eine nicht ihm, sondern einem Dritten zustehende Klage, wider dessen Willen anstellen, noch aus dem Rechte eines Dritten für sich klagen soll. Die Richtigkeit dieser Erklärung ergiebt sich, wenn man diesen Text mit der L. 8. pr. ff. de inofficiof. testam. verbindet, wo der nämliche Ulpian die Frage, ob der Vater die querelam inofficiosi testamenti, im Namen seines Sohns, wider dessen Willen anstellen kann, vernei-

neinend entscheidet [10]). Die LL. 9. 12. 21. 29. C. de testam. reden, wie der Augenschein zeigt, von aussergerichtlichen vor Zeugen errichteten Testamenten. Von diesen kann man auf gerichtliche Testamente nicht schlechthin schließen, da bey diesen der öffentliche gerichtliche Glaube die Feyerlichkeiten ersetzt, welche der Sicherheit und Gewißheit wegen bey jenen vorgeschrieben sind. Es bleibt zwar allemal richtig, daß bey gerichtlichen Testamenten eben die Gewißheit von dem Willen des Testators vorhanden seyn muß, wie bey aussergerichtlichen. Es ist aber auch so eben gezeigt worden, daß die Uebergabe eines Testaments durch einen Special-Bevollmächtigten dieser Gewißheit nichts benimmt. In der L. 19. C. scheinen sonderlich diese beyde Stellen im Wege zu stehen: Sicut ergo securus erit, qui actis cuiuscunque iudicis, aut municipum, aut auribus privatorum *mentis suae* postremum publicavit iudicium und voluntates hominum *audire* volumus — cum hoc ipsum, quod per supplicationem *nostris auribus* intimatur. Allein der Testator, welcher seinen eigenhändig unterschriebenen und besiegelten letzten Willen durch einen Special-Bevollmächtigten übergiebt, erklärt ja auch mentem suam, und es ist sein und nicht seines Procurators Wille. Hernach hindert nichts, den Ausdruck, daß man des Testators Willen **hören** wolle, im weit-

 läuf-

10) Iac. GOTHOFREDI comment. de diversis regulis iuris antiqui ad L. 123. in Oper. minor. ex edit. Trotz. Lugd. Batav. 1733. fol. pag. 1048. sqq.

läuftigen Verstande' zu nehmen [11]). Auch alsdann wird Jemands Wille gehört, wenn man den Vortrag seines Bevollmächtigten hört und das annimmt, was er im Namen seines Mandantens übergiebt. Wollte man nun aber auch jene in dem Gesetz vorkommende Ausdrücke in dem buchstäblichsten Verstande nehmen, so würde doch daraus nichts weiter folgen, als daß bey einem mündlichen gerichtlichen Testamente die Gegenwart des Testators nothwendig sey, woraus aber wieder auf ein schriftliches Testament keine Folge zu ziehen ist [12]). Es fehlt also offenbar an einem ausdrücklichen Gesetze, welches ein durch einen Special-Bevollmächtigten übergebenes Testament für nichtig erklärt, und in Ermanglung eines solchen Gesetzes läßt sich auch dessen Nichtigkeit nicht behaupten. Vielmehr ist sehr leicht zu erweisen, daß die gerichtliche Uebergabe eines Testaments durch einen Procurator dem römischen Rechte keinesweges entgegen sey. Dieses folgt schon aus den Worten der L. 19. C. de testam. Nec institutus heres pertimescat, cum oblatas preces, *secundum voluntatem defuncti idoneis testibus possit approbare.* Denn, wenn der Testator bey der Uebergabe des schriftlichen Testaments selbst zugegen seyn müßte, so könnte nicht von einem Zeugenbeweiß die Frage seyn, daß die oblatio secundum voluntatem defuncti geschehen sey. Noch deut-

11) Tabor de testamento principi aut comiti oblato. Cap. 5. §. 10.

12) Pufendorf a. a. O. §. 4. Gadendam §. 3.

deutlicher ist die L. 2. C. quemadm. testam. aper. wo es heißt: Testamenti tabulas *ad hoc tibi a patre datas, ut in patriam perferantur*, affirmans: potes illuc *perferre*, ut secundum leges moresque locorum *insinuentur*; ita scilicet, ut testibus non praesentibus, adire prius vel pro tribunali, vel per libellum rectorem provinciae procures, ac permittente eo, honestos viros adesse facias, quibus praesentibus aperiantur et ab his rursum obsignentur. Dieses Gesetz redet nun zwar von der Eröffnung des Testaments. Es ist aber nicht von der Eröffnung und Publication des Testaments eines Verstorbenen zu verstehen, sondern von dem Testamente eines noch Lebenden, welches durch einen Bevollmächtigten der Magistratsperson in der Absicht übergeben worden ist, um es zu eröffnen, zu publiciren, abzuschreiben, den öffentlichen Acten einzuverleiben und alsdann wieder zu versiegeln, damit, wenn das Original verlohren gehen sollte, es doch an dem Beweiß des Testaments aus den öffentlichen Acten nicht fehlen möchte. Genug also, daß nach dem römischen Rechte ein Testament durch einen Procurator übergeben werden kann [13]).

D 4 §. 6.

13) Schultings iurisprudentia Ante Iustinianea, nach Ayrers Ausg. pag. 401. Madihns diss. §. 10. 12. 20. Glück de testamenti privati solemnis probatione §. 8. in Opusc. iurid. Fasc. I. pag. 102. sq.

§. 6.

So viel bleibt nun aber allemal richtig, daß ein Procurator, der ein Testament übergeben will, mit einer besondern Vollmacht versehen seyn müsse. Es entstund daher die neue Frage, ob der Notar B. hinlänglich bevollmächtigt gewesen sey? Eine schriftliche Vollmacht hatte er nicht, und die in seinem Protocoll befindliche Versicherung, daß er von der S. den mündlichen Auftrag zur gerichtlichen Uebergabe ihres letzten Willens erhalten habe, konnte durch die Zeugen nicht bewiesen werden, weil diese die S. nicht gesehen, und also auch aus ihrem Munde nicht vernommen haben, daß sie dem Notar B. diesen Auftrag ertheilt habe. Anbey verstund sich von selbst, wie dadurch, daß der Magistrat die Insinuation, ohne Abforderung einer Specialvollmacht, angenommen hat, dieser Mangel nicht ergänzt werden konnte, da solches unter der stillschweigenden Bedingung, in so weit die Uebergabe den Rechten gemäß, geschehen ist. Hierzu kam aber noch ein anderer Umstand, der bedenklich schien. Der S. letzter Wille wurde nämlich, ungeachtet er schon am 24. Jenner 1787 aufgesetzt war, erst am 24. Oct. desselben Jahrs bey dem Magistrate übergeben. Er lag indessen in dem Hause des Notars in einem Umschlage, der nicht mit der S. sondern mit des Notars und zweyer Zeugen, die seine Schwäger waren, Pettschaften versiegelt gewesen. Es war also möglich, daß die-

dieser Umschlag, vor der gerichtlichen Uebergabe, hat geöffnet, wieder zusammen gemacht und manches in der Disposition geändert werden können, und daß gleichwohl die Unterschrift der S. auf der letzten Seite unverletzt geblieben wäre.

§. 7.

Allein dessen ungeachtet konnte der Notar B. als ein hinlänglich Bevollmächtigter allerdings betrachtet werden. Billig ist ein Unterschied zwischen einem Bevollmächtigten, der eine blose Privatperson ist, und einem Manne zu machen, der zugleich in öffentlichen Pflichten steht [14]. Ersterer kann nicht eher Glauben verlangen, als bis er eine schriftliche Vollmacht vorgelegt, oder den angeblichen mündlichen Auftrag in rechtlicher Ordnung erwiesen hat. Aber der Versicherung eines in öffentlichen Pflichten stehenden und auf die Acten beeidigten Mannes, und also auch eines Notars, welche er in Amtssachen seinem Protocoll einverleibt hat, legen die Rechte eben um deswillen, weil er eine verpflichtete öffentliche Person ist, vollen Glauben bey [15]. Hierzu kam in gegenwärtigem Falle, daß der Notar B. noch überdieß ein beeidigter Raths- und Stadtgerichts-Procurator war. Hiernächst braucht ein Notar zu den Handlungen, die er verrichten soll, keine schriftliche Vollmacht, die Notariatsordnung §. 3. verlangt nur, daß er

14) Pufend. §. 7. Stryk ang. Diss. §. 49.

15) Mevius Decis. P. III. Dec. 171.

er allweg darzu gebeten, oder erfordert worden. Dieses kann sowohl münd- als schriftlich geschehen. Bey dem Auftrage selbst ist die Gegenwart der Zeugen nicht erforderlich. Diese ist nur bey der Verrichtung der Handlung nöthig und bey der Uebergabe des Testaments, die an gewöhnlicher Gerichtsstelle geschah, waren wirklich zwey Zeugen zugegen. Die Bedenklichkeit, daß der S. Disposition neun Monate lang in des Notars Behausung blos unter seinem und zweyer Zeugen, die seine Schwäger waren, Pettschaften verschlossen lag, war leicht zu heben. Es war der S. eigener Wille, daß der Notar ihre Disposition so lange bey seinem Notariats-Protocoll aufbewahren sollte, bis er in Erfahrung bringen würde, daß sie dem Tode nahe sey. Da die S. in des Notars Redlichkeit ein unbeschränktes Vertrauen gesetzt hatte, so war es nicht nöthig, ihre Disposition in ihrer Gegenwart in einen Umschlag zu legen, und solche von ihr selbst mit ihrem eigenen Pettschaft versiegeln zu lassen, wenn es gleich der Vorsicht gemäßer gewesen wäre; sondern es konnte dieses auch in dem Hause des Notars geschehen. Ein Notar hat die Pflicht auf sich, die von ihm verfertigten Protocolle mit höchstem Fleiß zu verwahren [16]. Er muß also auch die Befugniß haben, nach dem eigenen Verlangen der Interessenten das, was sie seinem Protocoll beygelegt haben wollen, aufzubewahren. Daß mit der Disposition, während der Zeit, als sie bey dem

16) Notariatsordn. vom J. 1512. §. 5.

dem Notar B. gelegen, eine Verfälschung sollte vorgegangen seyn, war eines theils als ein Verbrechen nicht zu vermuthen, andern theils konnten die Kläger nicht den mindesten besondern Umstand anführen, woraus ein Verdacht hätte entstehen können, sondern sprachen selbst nur von einer bloßen Möglichkeit. Ein Notar hat ferner, als eine verpflichtete öffentliche Person, die stärkste rechtliche Vermuthung für sich, daß er mit der ihm zur Aufbewahrung übergebenen Disposition nichts unerlaubtes unternommen habe. Es war auch nichts zu seinem Vortheil darinn enthalten. In Ermanglung eines Verdachts einer begangenen Verfälschung konnte auch darauf nichts ankommen, daß die beyden Zeugen, die den Umschlag mit besiegelt hatten, seine Schwäger waren, und übrigens schadet bey Testamenten die Verwandschaft der Zeugen unter sich [17]), und also auch mit dem Notar, nichts.

§. 8.

Gesetzt aber auch, es wäre der S. letzter Wille, als eine gerichtliche Disposition nicht gültig, so würde er doch immer als eine außergerichtliche bestehen, wenn gleich die Zeugen die Disponentin weder gesehen, noch auch nur einmal gewußt haben, von wem die von ihnen unterschriebene Disposition sey. Bekanntermaßen machen die Rechte bey Dispositionen der Eltern einen Un-

17) §. 8. I. de testam. ordinand.

Unterschied, ob die Eltern blos unter ihren Kindern, ohne Einmischung einer fremden Person disponiren, oder nicht? Im ersten Falle werden keine Zeugen erfordert, wenn die Eltern die Disposition selbst geschrieben, oder wenigstens eigenhändig unterschrieben haben [18]. Hiernächst können Eltern, ausser dem eigentlich privilegirten Testamente, auch in einem Codicill, eine bloße Theilung unter ihren Kindern, als ihren Intestaterben, machen. Hier braucht es keiner Erbseinsetzung, und man begnügt sich mit noch weniger Feyerlichkeiten [19]. Wenn aber Eltern fremde Personen mit einmischen und namentlich solchen Vermächtnisse hinterlassen, so sind Zeugen, wenn die Disposition außergerichtlich gemacht wird, allerdings nothwendig [20]. Nur über die Zahl der Zeugen streiten sich die Rechtslehrer, indem einige fünf Zeugen der Analogie der Rechte gemäß zu seyn erachten [21], andere sich mit zwey Zeugen begnügen und daß solches dem Gerichts-

18) L. 21. §. 1. C. de testam. und die dabey befindliche auth. quod sine subscriptione. Bergers Oeconomia Iuris Lib. II. Tit. 4. Th. 6. not. 3.

19) Stryk de cautelis testament. Cap. 10. §. 13. Schilters praxis iuris romani Exerc. 38. §. 131. Heumann de testamento parentum inter liberos §. 27. Hommels Rhapf. Vol. II. Obf. 354.

20) Novell. 107. Cap. I.

21) Puffendorf Obf. Tom. II. Obf. 31. §. 4. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 460. Anmerk.

richtsgebrauche gemäß sey, versichern [22]). Wendet man nun dieses auf den gegenwärtigen Fall an, so war der S. Codicill lediglich eine Theilung unter ihren Kindern und Enkeln. Sie hat darin ausdrücklich gesagt, daß sie blos gethan habe, was eine rechtschaffene Mutter, die ihre Kinder in gleichem Grade liebt und für eines, wie für das andere zu sorgen hat, zu thun verbunden ist. Indessen hatte die S. eine fremde Person allerdings mit eingemischt, indem sie ihrem Schwiegersohne dem H. nicht nur die rückständigen Pachtgelder erlassen, sondern ihm auch verschiedene Grundstücke vermacht hat. Daß der H. ein Schwiegersohn war, konnte in der Sache nichts ändern, indem bey Dispositionen der Eltern unter ihren Kindern ein jeder ein Fremder ist, der nicht unter dem Namen der Kinder begriffen werden kann, wenn er gleich dem Testator durch Blutsfreundschaft, oder Schwägerschaft verwandt ist [23]). Ja einige rechnen sogar die Enkel von den noch lebenden Kindern in dergleichen Testamenten unter die Fremden [24]), welche Meynung aber mit Recht von andern verworffen wird [25]). Hieraus folgt nun, daß

22) Cocceji ius civile controversum Lib. 39. Tit. 1. Qu. 9. Schaumburgs annotationes ad Struvii iurispr. forens. Lib. II. Tit. 16. th. 8. not. b.

23) Mevius in Comment. ad Ius Lubecense Lib. II. Tit. I. Art. 2. num. 32.

24) Puffendorf Tom. II. Obs. 30.

25) Georg Ludwig Böhmer de liberis fideicommisso oneratis §. 8. Elector. iur. civ. Tom. I. Exercit. 6.

daß der S. Disposition, weil sie solche eigenhändig unterschrieben hat, auch ohne Zeugen, in sofern allemal gültig war, als sie darin lediglich unter ihren Kindern und Enkeln disponirt hat. Die Einmischung einer fremden Person macht eine solche Disposition nicht ganz ungültig, sondern sie vernichtet nur das, was zum Vortheil der Fremden darin vorkommt [26]). Aber auch der H. Vermächtniß war nicht ganz nichtig, sondern nur das Legat der erlassenen Bestandgelder hätte wegfallen müssen, wenn die Disposition, als eine außergerichtliche, gelten sollte. Dahingegen war das Legat an liegenden Gütern aus einem andern Grunde rechtsbeständig. Ich setze hier die bekannte Regel voraus, daß es bey Erklärungen letzter Willensmeinungen eben so wie bey der Auslegung der Verträge, nicht auf bloße einzelne Worte und zuweilen nicht allzurichtig gewählte Ausdrücke, sondern auf den wahren Sinn des Testators ankommt [27]). Aus der S. Disposition war leicht abzunehmen, daß sie das Vermächtniß an liegenden Gütern dem H. nur dem Namen nach zugedacht hatte, im Grunde aber solches ihrer an ihn verheyratheten Tochter hinterlassen habe. Sie führte nämlich als den Beweggrund zur Errichtung ihres letzten Willens ausdrücklich an, daß sie sich verbunden gesehen, die nämliche Wohlthat ihren dreyen noch am Leben sich befindenden Kindern zu erzeigen, welche

26) L. 21. §. 1. C. de testam. L. 26. C. familiae erciscundae.

27) L. 69. ff. de legat. 3. L. 219. ff. de Verb. Signif. Horns praelect. de interpretatione iuridica Cap. 2. §. 14.

welche die verstorbenen und deren Ehegatten in wohl noch grösserm Verhältnisse empfangen haben, und daß sie blos eine Gleichheit unter ihren Kindern habe treffen wollen. Sie wollte also lediglich zum Vortheil ihrer noch lebenden drey Kinder disponiren, deßwegen verordnete sie auch, daß, wenn der H. vor ihr sterben sollte, dessen Ehefrau und nach dieser auch ihre mit dem H. erzeugte Kinder, statt ihrer eintreten sollen. Die Ursache, warum sie ihren Schwiegersohn genannt hat, lag ohne Zweifel darin, weil sie auf das Heyrathsgut, das ihre Tochter dem H. zubrachte, Rücksicht genommen und hierin eine Gleichheit mit ihrem andern Schwiegersohne, dem B., der mit seiner ersten Ehefrau noch einmal so viel, als H. bekommen hat, treffen wollte. Also war doch ihre Absicht allemal, daß ihre an den H. verheyrathete Tochter eben so viel Heyrathsgut, als ihre verstorbene Tochter, des B. erste Ehefrau haben sollte.

IV.

IV.

Ueber die Beweißkraft eines von einem Kaufmanne und desselben majorennen Tochter gemeinschaftlich geführten sogenannten Notizbuches.

§. 1.

Ein Krämer, Namens **Perthel**, zu Obergreiz war dem Kaufmann **Lorenz** ebendaselbst vor unterschiedene in der Zeit vom 2. Nov. bis den 29. Dec. 1788 an ihn verkaufte Materialwaaren die Summe von 179 Rthlr. 11 Gr. 3 Pf. in Courant schuldig geworden. Er hatte darauf nicht mehr als 66 Rthlr. 14 Gr. 3 Pf. in zwey verschiedenen Posten bezahlt. **Lorenz** klagte daher auf die Bezahlung des Rückstandes sammt den Verzugszinsen von Zeit der erhobenen Klage. Der Beklagte räumte ein, verschiedene von den in der Rechnung des Klägers aufgeführten Waaren um die beygesetzten Preise erhalten, und davor die oben bemerkten 66 Rthlr. in zwey Posten bezahlt zu haben, allein den Empfang aller übrigen, mithin auch den Schuldrest, läugnete er schlechthin. Kläger, welchem der Beweis seiner Forderung aufgelegt wurde, bezog sich auf sein Handelsbuch. Allein Beklagter weigerte sich, dasselbe zu recognosciren. Er führte an, daß das Vorrecht der Kaufmannsbücher, vermöge welchen dieselben einen halben Beweis machen, sich nur auf die

Hauptbücher derselben erstrecke. Daß aber das vom Kläger producirte Buch von dieser Art nicht sey, beweise dessen Aufschrift. Denn vermöge derselben heiße es nur Notizbuch, sey also nur ein Journal oder Tagebuch. Dieß bestätige noch mehr desselben Inhalt. Denn so befinde sich z. B. Fol. 203 *b.* die Note: daß Kläger an einem gewissen Tage den verstorbenen Regierungsadvocat Rein einen Consens ausgehändiget habe. Sodann mangele es dem producirten Buche des Klägers noch an einem andern Haupterforderniß, indem solches nicht von ihm selbst, noch von einem angestellten Buchhalter, sondern von seiner ältesten Tochter gehalten worden sey. Dieß verificire sich sofort aus dem Calender. Denn diejenigen Waaren, welche Beklagter im Monat November 1788. erhalten haben solle, habe des Klägers älteste Tochter in desselben Abwesenheit, mithin ohne desselben Mitwissenschaft, notiret, weil Kläger gerade zu der Zeit auf der Frankfurter Messe gewesen.

§. 2.

Kläger suchte nun diesen Einwendungen gegen die Glaubwürdigkeit seines Handelsbuches folgendermaßen zu begegnen. Er behauptete, daß dasselbe allerdings alle wesentliche Eigenschaften eines kaufmännischen zum halben Beweiß tüchtigen Handelsbuches in sich vereinige. Denn erstlich sey er, Producent, ein ehrlicher und im guten Rufe stehender Mann. Zum andern, sey in

dem Buche durchgehends causa debiti ausgedruckt. Drittens enthalte es auch data et accepta cum designatione dierum. Daß Producent das Buch mit Beyhülfe seiner ältern Tochter führe, und diese in seiner Abwesenheit Factors Stelle vertrete, könne desselben Glaubwürdigkeit nicht mindern, weil er einmal wegen seiner ausgebreiteten Handelsgeschäfte, welche ihn jährlich sechsmal auf die Messen abforderten, seiner Tochter die Besorgung seiner kaufmännischen Geschäfte überlassen müsse, und auch sicher überlassen könne, weil sie zur Handlung erzogen und in derselben wohl unterrichtet sey, er überdies jederzeit nach seiner Zurückkunft ihre gemachten einstweiligen Geschäfte seiner strengsten Untersuchung und Revision unterwerfe, und überhaupt den Gesetzen nicht entgegen sey, daß eine Tochter in der Handlung ihres Vaters die Stelle eines Buchhalters versehe [1]). Beklagter habe ferner alles dieses gewußt, und sich dennoch mit dem Kläger seit vielen Jahren in Verkehr eingelassen, mit ihm wenigstens an die 20000 Rthlr. Geschäfte gemacht, und nie sey es ihm beygekommen, an dem, was Klägers Tochter in Rücksicht der Buchhalterey zu thun gehabt, einige Ausstellung zu machen, und in desselben Zuverläßigkeit nur einiges Mißtrauen zu setzen. Hiernächst sey das producirte Notizbuch allerdings sein Haupthandelsbuch, und könne solches zu keinem Journal- oder Kladderbuche umgeschaffen werden. Denn auf den Namen komme

1) L. 7. §. 1. D. de institor. actione.

me es nicht an, sondern auf den innern Gehalt des Buches. Nun sey aber das Buch sauber geschrieben, nichts darin aus- oder durchgestrichen, und durchaus kaufmännisch geführt. Der etwas unpassende Titel, den er seinem Buche gegeben, könne also der Glaubwürdigkeit desselben nichts benehmen. Er führe zwar auch diejenige Art von Büchern, zu denen man das producirte Handelsbuch rechnen will, allein aus diesen sey das producirte erst entstanden. Nächst demselben halte Producent blos ein grosses summarisches Buch, daß eigentlich nach dem innern Begriffe **Hauptbuch** genennt werden könnte. In demselben seyen aber nur die ganzen Posten in folle und in Bezug auf das Notizbuch befindlich. Folglich könne er solches, da es keine Post einzeln, wie und wenn sie entstanden ist? anzeigt, wieder keinen Schuldner produciren.

§. 3.

Nichts destoweniger wurde von der Jenaischen Juristen Facultät erkannt:

> **Daß Beklagter mit der Recognition der Urkunde, welche Kläger bey seinem Beweise gebraucht, billig zu verschonen, solchemnach aber letzterer dasjenige, so ihm zu erweisen auferleget, und er sich angemaßet, wie Recht, nicht beygebracht, derowegen Beklagter von der angestellten Klage hiermit entbunden und loßgezählet wird. Es ist auch Kläger die durch diesen Proceß verursachte Kosten nach**

vorgehendem deren Ansatz, und richterlicher Ermäsigung dem Beklägten zu erstatten schuldig. V. R. W.

§. 4.

Dagegen wandte nun Kläger die Leuterung ein, und die Acten wurden zum rechtlichen Erkenntniß an die hiesige Juristen Facultät geschickt. Diese fand sich bewogen, jenes Urtheil abzuändern. Es waren freylich nicht ganz unerhebliche Gründe auf Seiten des Beklagten vorhanden, welche das vorige Urtheil zu rechtfertigen schienen. Denn das bey Kaufleuten übliche Recht der Handelsbücher, vermöge welchen dieselben einen halben Beweiß machen, und durch den Erfüllungseid bestärkt, einen vollständigen Beweiß gegen den Schuldner geben, kommt nur den Haupthandelsbüchern, welche die Kaufleute Mastro nennen, keinesweges aber den Tagebüchern oder Journalen derselben zu [2]). Nun aber unterscheidet ja Kläger das producirte Notizbuch selbst von seinem Hauptbuche. Daß also ersteres nur für ein Tagebuch zu halten, mithin zu einem halben Beweiß nicht hinlänglich sey [3]), scheint

2) STRYK Us. Mod. Pandectar. Lib. II. Tit. XIII. §. 21. Lange ausführl. Abhandlung von Rechnungswesen 2ter Anhang §. 5. S. 24. folg.

3) MEVIUS in Comment. ad Ius Lubec. Part. V. Tit. VI. Art. IV. n. 26. BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XXIV. Th. VI. Not. 19. Link kleine iurist. Schriften 1ster Versuch Nr. III. S. 36.

ſcheint um ſo weniger einem gegründeten Zweifel unterworfen zu ſeyn, weil die in dem ſogenannten Notizbuche verzeichnete Poſten nicht durchgehends vom Kläger eigenhändig, ſondern nach deſſelben eigenem Geſtändniß zum Theil auch von deſſelben älteſten Tochter eingetragen worden, und überdem in dieſem Buche Sachen anzutreffen ſind, welche gar nicht zur Handelſchaft gehören. Es könnte alſo leicht das Anſehen gewinnen, daß das vom Kläger producirte Buch die gebührende Form eines glaubwürdigen Handelsbuches nicht an ſich trage, weil ein ſolches Buch nach der einſtimmigen Meinung practiſcher Rechtsgelehrten entweder von dem Kaufmanne ſelbſt, oder deſſelben Buchhalter geführt ſeyn, und nichts anders enthalten muß, als was die Handlung ſelbſt, ſo der Kaufmann treibt, angehet [4]. Wenn nun auch gleich den Geſetzen an ſich nicht entgegen iſt, daß eine Tochter in der Handlung ihres Vaters die Stelle eines Factors vertritt, weil es unſtreitig des Principals Sache iſt, wem er ſeine Geſchäfte anvertrauen will [5], ſo kann doch die deshalb von dem Kläger angeführte Geſetzſtelle auf den gegenwärtigen Fall, da von der Beweißfähigkeit eines Handelsbuches die Rede iſt, darum nicht angewendet werden, weil darin nur die Frage entſchieden wird, ob der

 Prin-

4) Hofr. Runde Grundſätze des allgemeinen teutſchen Privatrechts §. 460.

5) L. 7. §. 1. D. de institor. act. Parvi autem refert, quis ſit institor: maſculus an femina. — Sed et ſi FILIAFAMILIAS ſit vel ancilla praepoſita, competit institoria actio.

Principal auch aus den Geschäften eines solchen weiblichen Factors belangt werden könne? Ueberhaupt aber kann aus den römischen Gesetzen kein Entscheidungsgrund für den vorliegenden Fall hergenommen werden, weil das Privilegium, so nach dem teutschen Rechte die Handelsbücher der Kaufleute haben, dem römischen Rechte ganz zuwider läuft, als nach welchem eine Privatschrift für den Schreibenden nichts beweisen kann [6].

§. 5.

Allein folgende Gründe gaben der Wagschale des Klägers den Ausschlag. Da der wahre Grund des Privilegiums der Handelsbücher vornehmlich darin zu setzen ist, daß ohne activen und paßiven Credit kein Handel bestehen kann, und die ganze kaufmännische Ehre an der Genauigkeit und Wahrheit seines Handelsbuches hängt [7], mithin in Ermangelung ausdrücklicher Gesetze die Form und Einrichtung eines glaubwürdigen Handelsbuches billig dem Ermessen des Richters überlassen werden muß [8]; so kam im gegenwärtigen Falle

6) L. 7. Cod. de probat. Exemplo perniciosum est, ut ei scripturae credatur, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit. Conf. HUBERI Praelect. iuris civilis Part. II. Tit. de fide instrumentor. §. 19.

7) Hofr. Runde in den angef. Grundsätzen des allgemeinen deutschen Privatrechts §. 459.

8) MEVIUS in Commentar. in Ius Lubecens. Part. V. Tit. VI. Art. 4. n. 28. IDEM in Decision. Part. I. Decis. 241.

le alles darauf an, ob das producirte Handelsbuch des Klägers ordentlich geführt, und folglich so beschaffen sey, daß die für einen teutschen Handelsmann streitende gute Vermuthung einer ihm in seinem Verkehr so nöthigen Accuratesse auch hier statt finden könne. Hieran ließ sich nun vermöge der daraus gezogenen, und Fol. 43. der Acten befindlichen Rechnung nicht zweifeln, indem daraus zu ersehen war, daß sowohl die Person des Schuldners, als der Empfang der ihm gelieferten Waaren, nebst Angabe ihrer Quantität und des Preises, auch Meldung des Jahrs, Monats und Tages einzeln und genau angemerkt, weniger nicht, was daran bezahlt worden, aufgezeichnet, mithin beydes, Ausgabe und Einnahme, darin enthalten sey. Daneben sind auch eben so wenig Rasuren, Cancellationen und Verbesserungen, welche das Handelsbuch verdächtig machen könnten, bemerkt worden, als gegen die Person des Producenten Ausstellungen gemacht, oder wohl gar Merkmahle einer Verfälschung haben angeführt werden können.

§. 6.

Diese hieraus entstehende starke Vermuthung für die Glaubwürdigkeit des producirten Handelsbuchs wird nun durch die in den Zweifelsgründen dagegen gemachten Einwendungen im mindesten nicht geschwächt. Denn so viel erstlich den Namen Notizbuch, welchen Klä-

ger demselben in der Aufschrift gegeben, anlangt, so kann hieraus noch nicht gefolgert werden, daß dasselbe kein Hauptbuch, sondern eine bloße Kladde oder Tagebuch sey, indem es nicht sowohl auf den Namen, welchen ein Kaufmann seinem Buche giebt, da solcher blos willkührlich ist, als auf desselben innere Form und Einrichtung ankommt, woraus allein die Absicht desjenigen, der solches führt, nämlich was es für eine Art des Buches seyn solle, zu beurtheilen ist. Nam semper potior est mens, quam vox dicentis 9), et vocabula, hominum arbitrio indita, mutabilia sunt 10). Nicht zu gedenken, daß zwischen einem Journal, in welchem ein Kaufmann die Einnahmen und Ausgaben jeden Tages ganz flüchtig und ohne alle Ordnung, nur um seinem Gedächtniß zu Hülfe zu kommen, unter einander schreibt, und welches daher auch den Namen eines Schmatter- oder Glitterbuches hat, und einem solchen Handelsbuche, dergleichen Kläger producirt hat, worin sowohl das credit als debet auf das pünctlichste und ordentlichste verzeichnet worden, der auffallendste Unterschied gleich beym ersten Anblick zu bemerken ist. Aus eben diesem Grunde kann daher auch dem Kläger die Aeusserung, daß er sich ausser dem producirten Handelsbuche noch eines grössern und sogenannten Hauptbuches bediene, um so weniger nachtheilig seyn, da solches, wie er

9) L. 7. §. 2. D. de supellect. legat.

10) L. 4. pr. D. de legat. I. Ios. AVERANius Interpretat. iuris Lib. III. cap. 19. n. 9.

er anführt, die Poſten nur in folle enthält, und ihm lediglich zur Ueberſicht des Ganzen dient, folglich daſſelbe, da es nicht, wie das Notizbuch, die Poſten einzeln, wie? und wenn ſie entſtanden ſind? anzeigt, wider keinen Schuldner producirt werden kann.

§. 7.

Nächſtdem iſt auch zur Glaubwürdigkeit eines Handelsbuches nicht gerade nothwendig, daß die Poſten überall von dem Kaufmann mit eigener Hand eingetragen worden ſind, es wird vielmehr nach der richtigern Meinung der heutigen Rechtsgelehrten [11]) für eben ſo gültig angeſehen, wenn es auch nur von denen geſchehen iſt, deren er ſich in ſeiner Handlung bedient, indem jederzeit zu vermuthen iſt, daß der Inhalt deſſelben mit ſeiner Einwilligung geſchrieben ſey. Daher hat es auch keinen Zweifel, daß in einem ſolchen Falle der Erfüllungseid von der Perſon, die das Contobuch geführt hat, eben ſo wohl, als von dem Handlungsprincipal ſelbſt abgeleiſtet werden könne [12]). Nun

11) Io. KLEIN in Diſſ. de probatione, quae fit per libros mercatorum Cap. II. n. 132 — 136. CARPZOV in Iurisprud. Forenſ. P. I. Conſtit. XVII. Definit. 35. n. 8. et 9. Fratr. BECMANNORUM Conſil. et Deciſ. P. I. Deciſ. XX. n. 15. p. 286. Wilh. BLANCHARD Specim. inaugur. de probatione per libros mercatorum (Coloniae 1786.) Cap. V. §. 52.

12) BERGER Conſil. 1126. IDEM in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XXIV. Not. 14. Weſtphals teutſches Privatrecht I. Th. 12. Abh. §. 3.

ist aber von dem Kläger allenthalben in den Acten behauptet worden, daß ihm seine Tochter, da er solche von ihrer frühesten Jugend an in der Handlung unterrichtet und gebraucht hat, selbige auch, vermöge ihrer Wissenschaft, seit wenigstens vierzehn Jahren seinem Contoir vorzustehen vermocht, während seiner Abwesenheit seine Handlungsgeschäfte besorge, und bey ihm Factors Stelle versehe. Da er nun neben ihr keinen besondern Buchhalter angestellet hat, so ist nicht abzusehen, warum das von ihr unter ihres Vaters Aufsicht geführte Handelsbuch nicht eben so viel Glaubwürdigkeit haben solle, als wenn es von einen andern Buchhalter wäre geführt worden. Nach dem Gerichtsgebrauche ist es daher außer allem Zweifel, daß auch den von Weibspersonen geführten Handelsbüchern ohne Unterschied, sie mögen wirkliche Kauf- und Handelsfrauen, oder auch nur Buchhalterinnen seyn, die Kraft eines halben rechtlichen Beweises beyzulegen sey [13].

§. 8.

Im gegenwärtigen Falle kommt jedoch noch insonderheit in Betrachtung, daß Beklagter geständlich schon seit mehreren Jahren mit dem Kläger Verkehr gehabt, auch

13) BARTH Hodeget. Forens. Cap. II. §. 7. lit. c. pag. 490. Ern. Io. Frid. MANTZEL in Diss. de femina mercatrice. Rostochii 1741. Th. 20. Henr. God. BAUER Diss. capita quaedam de probatione ex libro mercatoris continent. Lips. 1784. Cap. VII.

auch wohl gewußt, oder wenigſtens nach der Regel: Qui cum alio contrahit, debet eſſe non ignarus conditionis eius [14]), ſolches wiſſen ſollen, daß Kläger ſich keines beſondern Buchhalters bediene, ſondern dieſe Stelle durch ſeine Tochter verſehen laſſe, gleichwohl von demſelben Waaren ohne gleich baare Bezahlung angenommen, und ſolchergeſtalt ſtillſchweigend ſelbſt darin gewilliget hat, daß die contrahirte Schuld ſowohl von dem Kläger als deſſelben Tochter in das Contobuch eingetragen worden. Da nun Beklagter hierdurch die Glaubwürdigkeit des vom Kläger gegen ihn producirten Handelsbuchs ſchon ſelbſt anerkannt hat, ſo würde es höchſt unbillig ſeyn, dieſelbe jetzt zu bezweifeln, zumal Beklagter noch nicht im Stande geweſen iſt, ſeiner ſelbſt eingeſtandenermaaßen mit dem Kläger gemachten vielen und beträchtlichen Geſchäfte ungeachtet, demſelben in Anſehung ſeiner Bücher und des darin geſchehenen eigenen Anſchreibens der gelieferten Waaren irgend einiger Unrichtigkeit zu überweiſen.

§. 9.

Eben ſo wenig kann endlich der Umſtand, daß in dem Handelsbuche des Klägers auch etwas angemerkt befunden worden iſt, ſo eigentlich nicht unmittelbar zur Handlung gehört, (§. 1.) der Glaubwürdigkeit deſſelben in Anſehung der libellirten Poſten ſchaden, indem hieraus

14) L. 19. pr. D. de Reg. Iur.

aus nur so viel folgt, daß dieses Buch in Ansehung solcher Gegenstände, die in dasselbe nicht gehören, für den Kläger keine Beweißkraft hat, weil freylich das den Handelsbüchern zustehende Privilegium lediglich auf Waaren-Schulden eingeschränkt ist[15]. Aus welchem allem nunmehr so viel erhellet, daß das vom Kläger producirte Notizbuch für ein ordentlich geführtes Handelsbuch, so einen halben Beweiß gegen den Beklagten ausmacht, allerdings zu halten, mithin Kläger, oder sofern er von den während seiner Abwesenheit eingetragenen Waaren-Posten nicht so genau unterrichtet seyn sollte, desselben ältere Tochter, welche zu der Zeit das Contobuch geführt hat, zur eidlichen Bestärkung zuzulassen sey.

§. 10.

Aus diesen Gründen wurde demnach erkannt: **Nunmehr aus den Acten so viel zu befinden, daß es bey dem am 6. August 1790 eröfneten Fol. 86. der Acten befindlichen Urtheil nicht zu lassen, sondern würde Kläger, oder desselben ältere Tochter, so weit sie das producirte Conto-Buch geführt, vermittelst Eides bestärken, und, daß die darinn auf Rechnung des Beklagten eingetragene, von ihm aber ins Läugnen gestellte Waaren-Posten, demselben wirklich abgeliefert worden, und also**

15) MEVIUS Part. II. Decis. 92. WERNHER Select. Observat. For. Tom. I. P. I. Obs. 82. BARTH Hodeget. For. c. I. lit. b. pag. 485.

also Beklagter noch 112 Rthlr. 21 Gr. darauf schuldig geblieben sey, noch zur Erfüllung schwören, so hat er dasjenige, so ihm zu erweisen auferlegt worden, wie Recht, erwiesen, derowegen Beklagter obgedachte 112 Rthlr. 21 Gl. nebst den Zinsen des Verzugs von Zeit der erhobenen Klage an, demselben zu bezahlen schuldig. Die beyderseits verwandte Unkosten sind jedoch gegen einander aufzuheben. Von Rechts wegen.

V.

Beantwortung der Frage: Kann der letzte Besitzer von Lehen- und Allodial-Stammgütern, die nach seinem Tode an die weibliche Nachkommenschaft fallen, zu deren Nachtheil die darauf befindlichen Inventarienstücke, an Vieh, Schiff und Geschirr und dergleichen, seinen Testamentserben zuwenden?

§. 1.

Die Gelegenheit zur Beantwortung dieser und der nächstfolgenden Frage gab folgender Fall. Am 12. Febr. 1783. starb der Herr Ritterhauptmann Johann Philipp Friedrich Freyherr von Hutten, ohne Kinder hinterlassen zu haben, und mit ihm erlosch der männliche Stamm seines Hauses. Er besaß wichtige Mann- und

Wei-

Weiberlehen und Allodial-Stammgüter, und außerdem ein grosses freyeigenes Vermögen. Das Mannlehen Frankenberg kam an den Herrn Geheimenrath und Oberkammerherrn von Pöllnitz zu Anspach, als Expectanten. In den Weiberlehen und Allodial-Stammgütern folgte ihm seine Schwester die verwittibte Geheimeräthin Juliana Christiana Charlotte Freyfrau von Salzburg. Ueber sein ganz eigenes Vermögen hatte er am 7. Sept. 1782. ein Testament errichtet, worin er seine Frau Gemahlin, Maria Anna Benigna gebohrne Freyin Rüd von Collenberg, mit welcher er seit 1756 verheyrathet war, zur Haupterbin einsetzte, nach deren Ableben aber sein Vermögen zu Errichtung eines Fräuleinstifts widmete. In dem §. 2. des Testaments war unter andern versehen; **daß die Haupterbin die Güter *Inventaria* und übrige Fahrniß, wohin auch die *Fructus ultimi anni* und Meliorations-Posten zu rechnen sind, ganz allein und ohne Ausnahme beerben soll.** Daneben waren aber auch auf den Gütern beträchtliche Schulden. Auf dem von dem Verstorbenen neu erworbenen Weiberlehen Ippesheim hafteten 30000 fl. Rheinl. worein zwar der Lehenhof, aber nicht die Frau Geheimeräthin von Voit als nächste Agnatin consentirt hatte, denn andere 30000 fl. worein sie, aber nicht der Lehnhof gewilliget, und außerdem noch 15000 fl. Auf den Allodial-Stammgütern standen zusammen 22000 fl. Wegen dieser Schulden war im §. 5. des Testaments verordnet:

net: daß, nach dem §. 19. der am 4. Oct. 1756. errichteten Ehepacten die auf den neu acquirirten Lehen und ererbten Allodialgütern hafftende Schulden, von denen, die diese Güter in Besitz bekommen, zu übernehmen und zu zahlen seyn, da solche den Werth der vom Herrn Testator acquirirten Lehen erhalten, und er die auf den Allodialgütern stehende Schulden nicht contrahirt, sondern als väterliche Schulden darauf zugleich mit ererbt habe, mithin seine Frau Gemahlin von allem Anspruch deshalb frey bleiben soll. Da es damals das Ansehen hatte, als wollte es über dieses Testament zu Streitigkeiten kommen, so hat die Frau Geheimeräthin von Voit von den beyden Juristen Facultäten zu Göttingen und Erlang über mehrere Fragen Gutachten eingeholt. Das Göttingische Gutachten hat dessen Verf. der Hr. geh. Justitzrath Pütter vollständig abdrucken lassen [1]). Aus dem von mir verfaßten Erlangischen, welches in den Entscheidungen mit jenem, zwar nicht durchgehends, aber doch größtentheils überein kommt, hebe ich nur zwey Fragen aus, weil sie mir die erheblichsten zu seyn scheinen.

§. 2.

Bey Beantwortung der Frage, die Gültigkeit der testamentarischen Verordnung über die auf den Gütern befindliche Inventarienstücke betreffend, ist ein noth-

1) In den auserl. Rechtsfällen 3. B. 4. Th. S. 1060. u. f.

nothwendiger Unterschied zu machen, zwischen denen von dem Verstorbenen selbst angeschaften Stücken und denen, so er bey seinem Antritt des Besitzes der Güter mit solchen bereits überkommen hat. Ueber die von ihm selbst angeschaften Inventarienstücke konnte der Verstorbene, als über sein vollkommenes Eigenthum, unstreitig disponiren. Keine Vermuthung, daß er solche, zum beständigen auf die Nachfolger fortgehenden Gebrauch und Nutzen dieser Güter bestimmt habe, konnte statt finden, da das Gegentheil eben daraus, weil er sie seiner Frau Gemahlin im Testamente vermacht hat, auf das deutlichste erhellet. Auf die Inventarienstücke, die zur Zeit, als der Verstorbene den Besitz der Güter übernommen hatte, bereits darauf befindlich waren, machte seine Frau Schwester ohne Unterschied der Lehen- und Allodial-Stammgüter aus einem und dem nämlichen Grunde Anspruch, weil sie nach dem Herkommen der Reichsritterschaftlichen Familien nur bis auf den ledigen Anfall renuncirt hat, mithin, da dieser eingetreten sey, alles fordern könne, was von den Vorfahren herrührt. Allein dieser Grund leidet in dem gegenwärtigen Falle auf die Inventarienstücke der Lehen keine Anwendung. Der Verstorbene hatte Mann- und Weiberlehen hinterlassen. An jenen hatte seine Frau Schwester ohnehin nichts zu suchen. Von den Lehen, worin sie succediren konnte, sagt der Testator in seinem Testamente ausdrücklich, daß sie von ihm neuerworben worden seyn, und diesem Vorgeben ist

in

in der uns zugekommenen Geschichtserzählung nicht widersprochen worden. Es waren also die ehemaligen Besitzer dieser Lehen keine gemeinschaftliche Vorfahren des Verstorbenen und seiner Schwester, mithin rührten die Inventarienstücke der Lehen nicht von ihren Vorfahren her. Sie hat zwar bey ihres Herrn Bruders Erwerbung dieser Lehen, welche keine gemein durchgehende, sondern gewöhnliche Weiberlehen waren, wo sich von selbst versteht, daß die Frauenzimmer erst nach Abgang des Mannsstammes zur Lehensfolge gelangen, renuncirt. Aber diese Entsagung gab ihr kein Recht auf die Inventarienstücke, sondern nur auf den eigentlichen Gegenstand ihrer Entsagung [2]). Dieser bestund in den Lehengütern selbst und deren wahren Pertinenzen, worunter die Inventarienstücke nicht gehören.

§. 3.

Es sind zwar die Inventarienstücke bey Lehengütern, insbesondere Vieh, Schiff und Geschirr, zum Ackerbau und der Viehzucht und überhaupt zur Wirthschaft ganz unentbehrlich [3]). Es hat daher auch Schrader [4]) kein Bedenken gefunden, zu behaupten, daß

2) Cramers diss. de pacto filiae nobilis haereditatis renunciatae reservativo §. 11.

3) Hommels Pertinenz und Erbsonderungsregister, Art. Inventarium.

4) Tractat. feudal II. P. 9. Sect. 4. num. 9.

daß dem Vasallen mit der Ueberlassung des Lehens zugleich die Inventarienstücke und alles das mit überlassen werde, was zum beständigen Nutzen des Lehens bestimmt ist, wenn es gleich in Mobilien besteht und von dem Lehen getrennt werden kann. Allein es ist eine überflüßig bekannte Sache, daß ein Lehensfolger nur diejenige Lehenspertinenzen fordern kann, welche die Eigenschaft eines Lehens selbst erlangt haben, oder sogenannte pertinentiae feudi feudales sind [5]). Die bloße Bestimmung eines Lehenbesitzers, daß eine gewisse Sache zum Nutzen des Lehens beständig damit verknüpft seyn soll, ist nicht hinlänglich, derselben die Eigenschaft einer wahren Lehenssache, die auch auf den Lehensfolger übergeht, beyzulegen [6]). Hiernächst ist es eine von jeher angenommene Meinung der Lehenrechtslehrer, die auch in Gerichten herrscht, daß bey Lehen die Inventarienstücke, dem Lehenfolger nicht gebühren [7]). Der Grund davon liegt eben darin, weil diese Sachen, der Regel nach, die Eigenschaft eines Lehens nicht haben

5) Estors meletemata de ſcite ſeparandis ab allodio rebus feudalibus §. 74.

6) Itters commentat. de feudis imperii, Cap. 8. §. 21. Püttmanns elementa iuris feudalis §. 364.

7) G. A. Struvs Conturia deciſionum, quaenam res feudales, quaenam allodiales? Dec. 53 61. 62. 66. 77. 78. B. G. Struvs comment. de allodiis imperii, Cap. 4. § 25. Leysers Meditat. ad Pand. ſp. 26. med. 6. ſpec. 209. med. 10. Fleiſchers inſtitutiones iuris feudalis Cap. 20. §. 25. Boehmers ptincipia iuris feudalis §. 344.

ben [8]). Es konnte also der Verstorbene diese bey den Lehen befindliche Inventarienstücke seiner Testamentserbin allerdings zuwenden.

§. 4.

Desto weniger war er dieses mit den Inventarienstücken, die er auf den Allodial-Stammgütern vorgefunden hatte, zu thun befugt. Hier konnte seine Frau Schwester von den Würkungen des bey ihrer Entsagung sich vorbehaltenen Erbrechts bis auf den leedigen Anfall allerdings Gebrauch machen, und die von ihren Vorfahren auf den Allodial-Stammgütern angeschafte Inventarienstücke mit Recht fordern, zumal dergleichen Entsagungen ohnehin immer zum Vortheil der Renunciantinnen zu erklären sind [9]). Nun aber entsteht die Frage, ob nicht auch ohne diesen Vorbehalt einem Frauenzimmer, welches nach Abgang des männlichen Stammes in den Allodial-Stammgütern

 suc-

8) Daß diese Regel ihre Ausnahmen leide, z. B. wenn der Vasall das Gut mit den Inventarienstücken zu Lehen empfangen hat, oder von Sachen die Rede wäre, bey welchen eine reelle Incorporation vorgegangen ist, braucht kaum bemerkt zu werden. Christian Gottfried Hoffmanns diss. de iure separandi allodium a feudo, Cap. 2. §. 9. Bastineller: inventarium in feudo repertum, num ad allodium pertineat? in Zepernicks Analectis iuris feudal. Tom. II. Obs. 64.

9) Posse über die Sonderung reichsständischer Staats- und Privatverlassenschaft. §. 22.

succedirt, die dabei befindlichen, von den Vorfahren angeschaften Inventarienstücke, als Zubehörungen ohnehin gebühren? Der erste Zweifelsgrund, der hier eintreten könnte, besteht in der unläugbaren Aehnlichkeit zwischen Lehen- und Allodial-Stammgütern, indem die vornehmsten Regeln von der Succeßion, der Ausschliessung der Töchter, nebst dem Verbote der Veräußerung in beyden gleichförmig sind [10]). Daher pflegen auch die Rechtslehrer häuffig analogisch von einer Art der Güter auf die andere zu schließen [11]). Warum sollte man also nicht so schließen können, daß die Tochter, welche nach Abgang des männlichen Stammes in die Altväterliche Allodialgüter succedirt, die daselbst befindlichen Inventarienstücke eben so wenig begehren könne, als sie dem Lehnsfolger gehören? Hierzu kommt, daß Stammgüter eigentlich nur in Immobilien [12]) bestehen, und also ihre Eigenschaft nicht auf die dabey befindliche Mobilien erstreckt werden kann, und daß auch der, welchem ein Landgut im Testamente vermacht worden ist, die Inventarienstücke nicht bekommt, wenn sie der Testator ihm nicht ausdrücklich mit vermacht

hat

10) Pütters primae lineae iuris privati Principum, speciatim Germaniae §. 11. Eisenharths institutiones iuris germanici privati Lib. II. Tit. 8. §. 8.

11) Schraders Consil. Vol. I. Cons. 3. num. 9. Knipschildts tract. de fideicommissis familiarum nobilium, Cap. 15. num 9. sqq. Pufendorfs Observ. iur. univ. Tom. III. Obs. 16. 18. §. 4.

12) Pufendorf Obs. 17. §. 12. Obs. 18. §. 1.

hat [13]) Endlich tritt noch dieser Zweifelsgrund ein, daß Stammgüter vorzüglich zur Erhaltung des Glanzes des männlichen Stammes dienen, mithin diese Eigenschaft zu verlieren scheinen, wenn solcher ausstirbt. Wollte man nun auch annehmen, daß dem männlichen Nachfolger die Inventarienstücke nicht entzogen werden könnten, so könnte doch dieses auf die Tochter keine Anwendung leiden, welche nach Ausgang des Mannsstammes zur Nachfolge gelanget.

§. 5.

Diese Gründe werden aber durch folgende stärkere Gründe überwogen. Der an sich richtige Schluß von Lehen auf Allodial-Stammgüter ist nicht allemal anwendbar [14]), sonderlich alsdann nicht, wenn eine bey der Lehensfolge zu beobachtende Norm ihren Grund in der ganz besondern Natur und Eigenschaft der Lehen hat. Dieser Fall ist bey der Regel, daß ein Lehnsfolger die Inventarienstücke ordentlicherweise nicht bekommt, würklich vorhanden, indem der Grund dieser Regel vorzüglich darinn liegt, weil ein Lehnsfolger nur diejenigen Pertinenzstücke fordern kann, welche die Eigenschaft eines Lehens selbst haben, alle übrige Pertinen-

13) L. 17. pr. ff. de action. empti et vend. L. 14. de supellect. legata.

13) Herts Resp. Tom. I. Resp. 29. num. 6. Heimburgs, oder des Resp. Schroeters differ. iur. commun. et germ. in doctrina de fideicommissis, Cap. 3. §. 40.

zen aber, welchen diese Eigenschaft abgeht, wohin auch der Regel nach, die Inventarienstücke gehören, als Allodial-Pertinenzen betrachtet werden [15]). Bey Allodial-Stammgütern fällt der Grund dieser Regel, und also auch die Regel selbst, nothwendig hinweg. Es hindert auch nichts, daß Stammgüter gewöhnlicherweise in unbeweglichen Gütern bestehen. Denn es ist weder der Natur der Sache, noch den neuern teutschen Rechten zuwider, daß bewegliche Sachen ein Gegenstand von Familiengütern sind [16]), am wenigsten, wenn von solchen Dingen die Rede ist, die Zubehörden der unbeweglichen ausmachen. Bey diesen tritt vielmehr die Regel ein, daß die Pertinenzen eines Gutes dem Gute folgen [17]). Es kommt also nur darauf an, ob die Inventarienstücke der Allodial-Stammgüter unter deren Pertinenzen zu zählen seyn? Daß sie darunter gehören, folgt daraus, weil der Begriff der Pertinenzen vollkommen auf sie paßt. Pertinenz heißt, wenn man das Wort nicht in der eingeschränktesten Bedeutung nimmt und darunter blos das versteht, was Erd- und Nagelfest ist, oder dem Gut, als eine Gerechtigkeit anklebt, überhaupt eine Sache, welche mit einer andern des beständigen Gebrauchs wegen verbunden ist, und bewegliche Sachen werden alsdann Pertinenzen von un-

15) Hofmanns diss. de iure separandi allodium a feudo, Cap. 2. §. 2.

16) Brandt de natura bonorum avitorum, Cap. I. §. 12. 24.

17) MEVIUS Decis. P. II. Dec. 96.

unbeweglichen, wenn sie in der Absicht angeschaft worden sind, daß sie den letztern zum beständigen Gebrauch dienen sollen und sich würklich an dem Orte ihrer Bestimmung befinden [18]). Ob eine Sache mit einer andern zum beständigen Gebrauche verknüpft sey, wird unter andern daraus erkannt, wenn die Trennung ohne beträchtlichen Schaden der Hauptsache nicht geschehen kann, und die Hauptsache ohne diese Verbindung nicht füglich bestehen, noch den Nutzen, wozu sie bestimmt ist, leisten könnte [19]). Nun ist es doch wohl unläugbar, daß wenn man Vieh, Schiff und Geschirr von Stammgütern trennen wollte, dieses, ohne den äußersten Schaden der Güter und deren gegenwärtigen Besitzer, nicht geschehen könnte, und alsdann die Güter, wenigstens in so lang, bis neue Inventarienstücke angeschaft worden, weder den Nutzen, den sie hervorbringen sollen, leisten, noch den bisherigen Ertrag mehr liefern würden. Es kann also ein Frauenzimmer, welches in die Stammgüter succedirt, mit Recht verlangen, daß ihr diese Güter mit eben denjenigen zum beständigen Nutzen und Gebrauch unentbehrlichen Pertinenzen überlassen werden, welche die vorigen männlichen Besitzer zugleich mit besessen haben. Denn es ist ein Irr-

18) Glücks ausführliche Erläuterung der Pandecten II. Th. §. 173.

19) Nettelbladts nova introductio in iurisprudentiam positivam Germanorum communem §. 420. Engau element. iuris german. Lib. II. Tit. I. Membr. 3. §. 47.

Irrthum, daß Stammgüter um deswillen, weil sie an Frauenzimmer gelangen, aufhören Stammgüter zu seyn. Nur der Vorzug der Mannspersonen hört auf, die übrige, wegen der Succeßion in diese Güter zu beobachtende Grundsätze aber, bleiben, wie vorher [20]). Hiernächst kann eine Sache auch durch die Bestimmung des Eigenthümers, wenn solche zum Vollzug gebracht worden ist, zu einer Pertinenz gemacht werden [21]). Daferne nun eine bewegliche Sache zum beständigen Gebrauche einer unbeweglichen bestimmt worden, so ist sie als eine Pertinenz derselben anzusehen und der unbeweglichen gleich zu schätzen, besonders Sachen, welche zur Wirthschaft gehören und einzelner Weise nicht sowohl benutzt werden mögen [22]). Nun ist aber rechtlich zu vermuthen, daß die Vorfahren die von ihnen in den Stammgütern angeschafften Inventarienstücke zum beständigen Gebrauche der Güter und zum Besten aller ihrer Nachfolger werden bestimmt haben, weil man billig annehmen kann, sie werden für das Beste ihrer sämmtlichen Nachfolger und also auch der weiblichen besorgt

20) Pütter de iure feminarum adspirandi ad fideicommissa familiae §. 20. in desselb. Sylloge comment. ius privatum principum illustrant. Num. I.

21) Bergers Oeconomia Iuris Lib. III. Tit. 5. th. 15. not. 5. Reinharth Obs. ad Christin. Vol. VI. Obs. 6.

22) Consil. Hallens. ICtor. Tom. II. Lib. 2. Cons. 92. num. 25. Brandt Cap. I. §. 21. not. **.

besorgt gewesen seyn [23]). Aus diesen Gründen folgt also, daß der letzte männliche Besitzer von Allodial-Stammgütern, so wenig er über die Güter selbst testamentarische Verordnungen machen kann [24]), eben so wenig auch über die bey dem Antritt dieser Güter mit bekommene Inventarienstücke, als deren Pertinenzen zum Nachtheil der weiblichen Nachkommen disponiren dürfe.

23) Lauterbach de magis dilecto Cap. 2. §. 3. Brandt Cap. 2. §. 28. von Benekendorfs Auszug aus der Oeconomia forensi II. B. 7. Hauptst. §. 39.

24) J. A. Hellfeld de restricta illustrium alienandi facultate maxime quoad allodia avita, Cap. 3. §. 46. B. G. H. Hellfeld de fideicommissis familiarum illustrium eorumque si alienata sunt, revocatione §. 3. sq. 49. sq.

VI.

Ist der Nachfolger in einem nach Art und Eigenschaft eines alten rechten Stammlehens neuerworbenen Lehen die mit lehenherrlichem Consense, jedoch ohne seine Einwilligung, auf das Lehen erborgte Capitalien, in so fern nicht deren Verwendung in das Lehen klar erwiesen werden kann, zu bezahlen verbunden?

§. 1.

In einem neuerworbenen Lehen steht bekanntlich nur allein den Descendenten des ersten Erwerbers, aber nicht seinen Seitenverwandten ein Erbrecht zu [1]). Wollen nun diese gleichwohl darinn succediren, so müssen sie das Erbrecht durch einen besondern Grund erworben haben. Dieses kann nun auf eine dreyfache Art geschehen. Entweder, wenn bey einem Lehenhofe das Recht, oder die Gewohnheit eingeführt ist, daß auch die Seitenverwandte des ersten Erwerbers succediren können, oder, wenn sie die Mitbelehnschaft erhalten haben, oder wenn der erste Erwerber für seine Seitenverwandte bey der Erwerbung des Lehens mittelst eines beson-

1) von Löwenstern de successione collateralium in feudo novo, iure antiqui concesso, secundum ius commune et Mecklenburgicum iuste restringenda, §. I. in Zepernicks analect. iur. feud. Tom. I. Obs. 87.

besondern Vertrags gesorgt, und also das Lehen nach Art und Eigenschaft eines alten rechten Stammlehens, und, wenn auch die Schwestern ein Erbrecht haben sollen, zugleich eines Weiberlehens, erworben hat, mit einem Worte, wenn es ein sogenanntes feudum novum iure antiqui concessum ist. Denn es ist ausser Zweifel, daß ein neues Lehen auf diese Art erworben werden kann [2]). Wenn nun in diesem dritten Falle der erste Erwerber, zwar mit Lehenherrlicher, aber ohne Einwilligung seiner Agnaten, das Lehen verpfändet hat, so ist es zweifelhaft, ob diese die auf das Lehen erborgten Capitalien auch alsdenn zu bezahlen verbunden seyn, wenn deren Verwendung in das Lehen nicht klar dargethan werden kann? Es fehlt nicht an Rechtslehrern, welche ein nach Art und Eigenschaft eines alten Lehens neuerworbenes Lehen, einem alten Lehen völlig gleich schätzen [3]), folglich auch in Beziehung auf die Zahlungsverbindlichkeit der Lehensfolger von diesem auf jenes schließen [4]). Bey alten Lehen aber ist es eine ausgemachte Sache, daß ein Lehensfolger Schulden, die blos mit lehenherrlichen Consens, ohne seine Einwilligung

2) I. F. 14. §. 2. Gail pract. Observ. Lib. 2. Obs. 50.

3) Rosenthals tract. iur. feud. Cap. 2. Concl. 13. num. 1. Schraders tract. feud. Tom. I. P. 7. Cap. 6. num. 5. Cothmann Resp. Vol. I. Resp. 9. num. 81. sqq.

4) Senkenbergs primae lineae iur. feud. §. 419. G. H. MYLII diss. de oppignoratione feudorum, vasallorum et instrumentorum feudalium, Cap. I. §. 10.

gung gemacht worden sind, nicht zu bezahlen gehalten ist [5]), daferne nicht deren Verwendung zum Nutzen des Lehens erwiesen werden kann. Dagegen kommt in Betrachtung, daß ein dergleichen Lehen doch im Grunde ein neues Lehen ist. Nun kann der erste Erwerber eines neuen Lehens darüber gültig disponiren und also auch solches, mit Einwilligung des Lehenherrns, verpfänden [6]). Allein keine von beyden Meinungen verdient durchaus Beyfall. Die Aehnlichkeit zwischen einem wirklich alten und einem neuen, nach Art eines alten erworbenen Lehens, ist nicht allgemein richtig. Da indessen doch der Vertrag, wodurch einem neuen Lehen die Rechte eines alten beygelegt werden, seine Wirkung haben muß, so können auch solche Lehen nicht ganz aus dem Gesichtspunkte der neuen beurtheilt werden.

§. 2.

Es ist wohl billig ein Unterschied zu machen, ob der Vertrag, wodurch ein neues Lehen in ein altes verwandelt wird, zugleich mit den Seitenverwandten des ersten Erwerbers selbst, oder ohne ihr Zuthun, nur zwischen dem Lehenherrn und dem ersten Erwerber geschlossen worden ist? Im ersten Falle treten sogleich die Rechte eines alten Lehens ein. Die Agnaten erlangen

5) 2. F. 8. §. 1. 2. F. 39.

6) Möllers distinctiones feudales. Cap. 3. D. Dist. 3.

langen aus dem mit ihnen selbst geschlossenen Vertrage ein Recht, daß das Lehen ohne ihre Einwilligung nicht veräussert, noch verpfändet werden darf, und nur ihr Besitz wird bis nach dem Tode des ersten Erwerbers verschoben [7]). Man kann hier nach der Analogie von Mitbelehnten schließen. Ein Mitbelehnter ist, wegen seines erlangten Miteigenthums, ausser dem Falle der Verwendung, nur zur Zahlung solcher Schulden verbunden, in deren Aufnahme er gewilliget hat [8]). Im andern Falle hingegen erhält der Vertrag seine Wirkung und die Rechte eines alten Lehens finden erst alsdann statt, wenn die Succession an die Agnaten kommt [9]). Die Absicht geht in diesem Falle eigentlich nur dahin, daß die Agnaten des ersten Erwerbers eine Successionsfähigkeit bekommen sollen, die sie ausserdem nicht haben würden [10]). Es ist aber sicher nicht zu vermuthen, daß der erste Erwerber eines neuen Lehens, von dessen freyen Willen es abhieng, ob er solches durch einen Vertrag mit dem Lehenherrn, zum Vortheil seiner Seitenverwandten, in der Eigenschaft eines alten erwerben wollte, sich die Hände so habe binden wollen, daß

7) Möller cit. l. Dist. 6. F. W. Bauers diss. I. de feudo novo atque veteri §. 11.

8) Püttmanns diss. de necessitate agnatorum simultaneeque investitorum in feudi oppignorationem consentiendi pag. 11.

9) Börners diss. de feudis antiquis iure novorum et novis iure antiquorum praeditis. Cap. 3.

10) Bauer cit. diss. §. 9.

daß er sein Lehen nicht einmal mit lehenherrlicher Einwilligung, ohne seiner Agnaten Consens gültig verpfänden dürfe. Er kann vielmehr ein solches Lehen sogar mit bloßer lehenherrlicher Einwilligung veräussern [11]). Destomehr muß er solches zu verpfänden befugt seyn, zumal wenn er hierzu den lehenherrlichen Consens erhalten hat [12]). Er bleibt immer der erste Erwerber. So wie seine Descendenten seine Verbindlichkeiten erfüllen müssen [13]), eben so müssen es auch seine Seitenverwandte thun, die gleich jenen ihr Erbrecht blos seinem Vertrage zu verdanken haben. Sie sind seine Verpfändungen um so mehr anzuerkennen schuldig, als sie den Grund ihrer Nachfolge, nicht einem eigenem Rechte, sondern lediglich der Wohlthat und dem Vertrag des verstorbenen Vasallen zu verdanken haben, mithin fällt bey ihnen die Regel weg, daß ein Lehensfolger die Schulden nicht zu zahlen braucht, in welche er nicht eingewilliget hat, als welche nur von einem solchen zu verstehen ist, der aus einem eigenen Rechte succedirt.

§. 3.

11) Horns iurispr. feud. Cap. 3. §. 10. Bauers diss. II. §. 13.

12) Struvs Syntagma iur. feud. Cap. 3. §. 14. von Ludolf de introductione iuris primogeniturae. Aph. 6. num. 9.

13) Brandt de natura bonorum avitorum, Cap. 2. §. 48.

§. 3.

Indessen wenn gleich in dem angegebenen Falle der Nachfolger in einem neuen, nach Art eines alten erworbenen Lehen, die Bezahlung der zwar mit lehenherrlicher, aber ohne seine Einwilligung gemachten Schulden, nicht verweigern kann, so bleibt doch seine Verbindlichkeit nur subsidiarisch. Denn die Regel ist allgemein, daß ein Lehensfolger Lehensschulden, wenn sie nicht nothwendige sind, die schlechterdings aus dem Lehen bezahlt werden müssen, nur alsdann zu zahlen verbunden ist, wenn der verstorbene Schuldner kein eigenes Vermögen hinterlassen hat [14]. Es ist aber kein befriedigender Grund vorhanden, warum dieser Satz nicht auch bey neuen, nach Art alter Stammlehen erworbenen Lehen zur Norm dienen sollte, wenn man gleich nicht durchgehends von alten, auf diese Art von Lehen schließen kann.

14) Pufendorf Obs. Tom. III. Obs. 142.

VII.

VII.

In wieferne findet das remedium L. fin. Cod. de Edicto D. Hadriani tollendo bey mündlichen Testamenten statt [1]?

§. 1.

Schon Kaiser Hadrian hatte die Verordnung gemacht, daß ein Testamentserbe ohne Verzug in den Besitz der Erbschaft eingewiesen werden sollte [2]). Keine Einreden gegen die Gültigkeit des Testaments, es möge nun solches entweder als falsch, oder als rumpirt, oder als irritum, oder aus einem andern Grunde angefochten werden, sollen die von dem Erben gesuchte Besitznehmung aufhalten, sondern der Streit darüber soll

1) Die Veranlaßung zur Erörterung dieser Rechtsfrage gab ein besonderer Testamentsfall, der sich im Bambergischen ereignet hatte.

2) PAULUS Sententiar. recept. lib. III. Tit. V. §. 14. — Sive falsum, sive ruptum, sive irritum dicatur esse testamentum, salva eorum disceptatione, scriptus heres iure in possessionem mitti desiderat. — L. 2. C. de edicto D. Adriani toll. Quamvis quis se filium defuncti praeteritum esse alleget, aut falsum vel inofficiosum testamentum, seu alio vitio subiectum; tamen scriptus heres in possessionem mitti solet. In L. 7. C. Th. de Testamentis wird diese Einweisung ausdrücklich missio ex Edicto D. Hadriani genennt, und in L. 26. C. Th. Quorum appellationes non recip. Beneficium edicti conditi a D Hadriano. S. CUJACIUS in Notis ad Pauli loc. cit. bey Anton Schulting in Iurisprud. Antejust. pag. 353.

soll zu besonderer Ausführung verwiesen werden. Der Grund dieser Verordnung war, damit die Abgabe zu fünf Procent, welche vermöge der Lex Iulia vicesimaria von Testamentserbschaften der kaiserlichen Kriegskasse entrichtet werden mußte [3]), keinen Aufschub leiden möchte. Gleichwie nun eben diese Lex vicesimaria befohlen hatte, daß jedes Testament gleich nach dem Tode des Testirers gerichtlich eröffnet werden sollte [4]), so verbot auch Hadrian alle gegen die Eröffnung der Testamente eingewandte Appellation [5]), und verordnete zugleich aus der angeführten nämlichen Ursache, daß der Erbe längstens binnen einem Jahre die Erbschaft bey Verlust seines Erbrechts antreten sollte [6]).

§. 2.

3) DIO CASSIUS lib. LV. pag. 565. ad A. U. DCCLIX. PLINIUS Panegyr. c. 37. Conf. Franc. BALDUINUS de Lege Iulia vicesimaria inter Commentarios ad Leges de iure civili a GUNDLINGIO editos pag. 127. Abr. WIELING Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 32. und Prof. Püttmann Probabil. iur. civ. lib. I. cap. 8. Kr. Antoninus Caracalla verdoppelte zwar diese Abgabe der vicesimae, allein Macrinus stellte sie wieder auf den alten Fuß. Sie ist nach den Zeiten des Kr. Valens ausser Gebrauch gekommen. Daß sie Justinian nicht erst abgeschaft habe, erhellt aus L. fin. Cod. de edicto D. Hadr. toll. — quia et vicesima hereditatis ex nostra recessit republica. Vid. Pet. BURMANN Diss. de vectigalibus Pop. Rom. (Leidae 1734 4.) Cap. XI.

4) PAULUS lib. IV. Sentent. Tit. VI. §. 3.

5) L. 7. D. de appellat. recip.

6) PAULUS lib. III. Sentent. Recept. Tit. V. §. 16. L. ult. Cod. de Ed. D. Hadr. toll. Conf. Gotfr. MASCOVII

Bayerische Staatsbibliothek München

§. 2.

Alle diese Verfügungen hatten also blos das Beste der kaiserlichen Kriegskasse zur Absicht, damit die vicesima von den Erben ohne Verzug entrichtet werden konnte. Ob nun gleich diese Abgabe schon vor Justinian ausser Gebrauch gekommen ist 7), so scheint doch deßwegen die Gültigkeit jenes Edicts des Hadrians, vermöge welchen der Erbe um den Besitz der Erbschaft binnen einem Jahre anhalten mußte, zu Justinians Zeiten noch nicht erloschen gewesen zu seyn 8). Man darf sich auch hierüber eben nicht wundern, da die Fälle im römischen Rechte gar nicht selten sind, daß eine Verordnung im Gebrauche geblieben ist, wenn gleich der ur-

Exercit. iur. civ. ad L. ult. C. de Edicto D. Hadriani tollendo. Harderovici 1733. §. V. sqq.

7) Die letzte Erwähnung dieser Vicesimae hereditatum geschiehet bey Aelius Lampridius in der Biographie des K. Heliogabals Kap. 12. und auf der dem Kr. Valens gewidmeten Inschrift bey Gruter S. 286. Nr. 4 Allein bey Symmachus, Zosimus, Caßiodor und den übrigen Schriftstellern der folgenden Zeiten herrscht hiervon ein tiefes Stillschweigen. S. WIELING in den angef. Lectionib. iur. civ. pag. 266. seq.

8) Eben so denken WIELING a. a. O. pag. 265. sq. und MASCOV. cit. Diss. §. 10. Die Worte Justinians in L. ult. Cod. de edict. D. Hadr. toll. Edicto D. Hadriani penitus quiescente sind daher, wie aus dem ganzen Inhalte dieser Verordnung zu ersehen ist, per Enallagen von der Zukunft zu erklären. Also quiescente für quieturo.

ursprüngliche Grund derselben längst aufgehört hat [9]). Es konnte aber auch die Vorschrift K. Hadrians wenigstens zum Besten der Legatarien, der Fideicommissarien, und derjenigen, welchen die Freyheit im Testamente war geschenket worden, oder denen sonst an der baldigen Antretung der Erbschaft gelegen war, füglich beybehalten werden, damit die Hoffnung derselben nicht zu lang im Zweifel bleiben möchte. Doch dem sey, wie ihm wolle, genug Justinian hob erst das oben gedachte Edict des Divus Hadrianus auf [10]), und verordnete, daß ein Erbe, der dem competenten Richter [11]) ein Testament vorzeigen würde,

 das

9) Iac. VOORDA Disq. quando cesset lex propterea, quod cessat eius ratio, in Eius Interpretat. et Emendat. iur. Rom. cap. 1.

10) Man siehet dies theils aus der Rubrik des Titels: de edicto D. Hadriani tollendo, et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur; (Cod. Iust. lib. VI. Tit. 33.) theils aus den Worten der L. fin. h. t. nullis angustiis temporis huiusmodi missione coarctanda, und hernach: Sive enim post annale tempus, sive post maioris aevi curricula aliquis fuerit missus, si tamen ex legitime formato testamento missio procedat, nullum ei temporis obstaculum obiiciatur: nisi tantum temporis effluxerit, quod possit vel possessori plenissime securitatem super dominio praestare, vel ipsi, qui missus est, omnem intentionem excludere. Ueber den Sinn dieser Worte vergleiche man Mascovs Differt. §. XXVII.

11) Dieser ist hier kein anderer als iudex rei sitae L. un. Cod. ubi de hereditate agatur, ve lubi heredes scripti

das keinen sichtbaren Fehler hat [12]), auf sein Verlangen ohne alle Weitläuftigkeit den Besitz der Erbschaft erhalten solle, wenn gleich schon längst ein Jahr verstrichen wäre, und sollten die Intestaterben mit ihren weit aussehenden Einwendungen gegen das Testament ad separatum verwiesen werden. Hieraus ist nun das bekannte remedium L. ult. Cod. de edicto D. Hadriani tollendo erwachsen, welches in mancherley Rücksicht vortheilhafter als die petitorische Erbschaftsklage ist [13]), und nach der neuern Verordnung **Justinians** blos das Beste des Erben zur Absicht hat.

§. 3.

So gewiß es nun aber ist, daß dieses Rechtsmittel seiner Natur nach nur einem Testamentserben zusteht, denn für die Intestaterben ist das Interdictum quorum bonorum bestimmt [14]); so zweifelhaft ist es doch

scripti in possessionem mitti postulare debeant. Conf. Christ. Friedr. Georg Meister Disquisit. ubi de hereditate agatur. Göttingen 1776. §. XIX.

12) Was ein sichtbarer Fehler sey, erklären LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. D. med. 14. sqq. und VOET in Comment. ad Pandect. lib. XLIII. Tit. II. §. 4.

13) Höpfner im Commentar über die Institutionen lib. IV. Tit. XV. §. 1210.

14) Höpfner a. a. O. Zwar wollen verschiedene Rechtsgelehrten das remedium L. fin. Cod. de edicto D. Hadr. toll. auch dem Intestaterben gestatten, wenn er durch glaubwürdige

doch, ob zur Begründung desselben schlechterdings ein schriftliches Testament erforderlich sey, oder ob solches nicht auch bey einem mündlichen Testamente statt finde, wenn das Daseyn und die Gültigkeit desselben aus einer glaubwürdigen Urkunde sofort erwiesen werden kann? Verschiedene Rechtsgelehrten wollen dieses schlechthin läugnen [15]), und ich muß aufrichtig gestehen, daß diese Meinung sehr viel für sich hat. Denn daß **Justinian** ein schriftliches Testament voraussetze, läßt sich einmal aus den Worten schließen: ut si quis ex asse vel ex parte institutus competenti iudici testamentum *ostenderit* non *cancellatum*, neque *abolitum*, neque ex quacunque suae formae parte *vitiatum*, sed quod *in prima figura* (bey dem ersten Anblick) sine omni vituperatione appareat, et *depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit.* Alle diese Prädicate passen auf ein münd-

dige Zeugen in continenti darthun könnte, daß er der nächste gesetzliche Erbe sey. Z. E. TIRAQUELLUS de Retractu gentilitio P. II. gl. I. n. 14. MEVIUS P. II. Dec. 281. n. 8. Allein mit Recht verwerfen diese Meinung Reinh. BACHOVIUS ECHT ad Treutlerum Vol. II. Disp. XXV. lit. L. pag. 655. Io. Phil. HAHN in Diss. de remedio L. fin. C. de edicto D. Hadriani tollendo (Moguntiae 1725.) §. VI. VINNIUS in Comment. ad §. 3. I. de Interdict. n. 4. und MASCOV cit. Diss. §. XI.

15) Sam. STRYK Tr. de actionib. for. investigand. Sect. II. Membr. III. §. 10. Barth. Leonh. SUENDENDOERFER Tr. de actionib. successoriis Membr. II. Cap. X. Art. I. §. 8. n. 20. Io. Ortw. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Digestor. Lib. XLIII. Tit. II. §. 11. Lud. God. MADIHN Princip. iuris Rom. de Successionibus Cap. II. Membr. III. §. 259. u. a. m.

mündliches Testament nicht. Noch deutlicher aber ist dieß zweytens aus der Rubrik des Titels zu ersehen: de Edicto D. Hadriani tollendo et quemadmodum *scriptus heres* in possessionem mittatur. Hierzu kommt drittens, daß auch die römischen Rechtsgelehrten, welche der vom Justinian aufgehobenen Verordnung des K. Hadrians Erwähnung thun, immer vom heres scriptus reden [16]. Endlich will man auch darum keine Ausdehnung jenes Rechtsmittels auf mündliche Testamente zulassen, weil es ein exorbitantes, hartes, und unbilliges Recht sey, daß der Besitzer, der doch hier insgemein der Intestaterbe ist, dem Kläger weichen solle, dessen Forderung blosen Gewinn zum Gegenstand hat [17]. Ja es sey ganz wider die gemeine Regel der Gesetze, welche, wenn beyde Partheyen blos um Gewinn streiten, sonst nur den begünstigen, der nebst den Anspruch auch den Besitz hat [18]. Solche exorbitante Rechte, die von der Regel des gemeinen Rechts abweichen, müsse man vielmehr einschränken als ausdehnen.

§. 4.

16) PAVLVS Sentent. receptar. lib. III. Tit. V. §. 16. — Scriptus heres, ut statim in possessionem mittatur, iure desiderat. Hoc post annum impetrare non poterit. §. 17. In eo testamento, quod nec, ut oportuit, oblatum, nec publice recitatum est, heres scriptus in possessionem mitti frustra desiderat.

17) L. 33. D. de Reg. Iuris. In eo, quod is, qui petit, lucri facturus est, durior causa est petitoris.

18) L. 126. §. 2. D. de R. I. Cum de lucro duorum quaeratur: melior est causa possidentis.

§. 4.

Die meisten Rechtsgelehrten [19]) halten indeß dieser Gründe ungeachtet eine Ausdehnung des remedii ex L. fin. cit. auf mündliche Testamente nicht für ganz unbillig. Allein sie erfordern doch insgemein, daß das Testament von einem Notar, der bey der Errichtung desselben zugegen gewesen, in einen förmlichen schriftlichen Aufsatz sey gebracht worden. Denn, einmahl, habe ein solches Instrument, als eine öffentliche Urkunde, völlige Beweiskraft, und schließe allen Verdacht eines Betrugs und der Verfälschung aus. Zum andern sey auch ein solches Testament, welches von einem dazu bestellten Notar zu Papier gebracht worden, einem schriftlichen Testamente billig gleich zu achten, weil eines Theils der darinn genannte Erbe sich darauf gründe, nicht anders, als wenn er darinn, wie ein heres scriptus, wäre eingesetzt worden; andern Theils aber auch daraus eine gleiche Vermuthung für den Erben entstehe, wie aus einem schriftlichen Testamente, so keinen in die Augen fallenden Mangel hat.

19) BACHOV ad Treutlerum Vol. II. Disp. XXV. Th. 1. Litt. L. STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. XLV. Th. 20. FABER in Codice Lib. VI. Tit. 33. Def. 4. n. 14. STRYK Us. Mod. Pandectar. Lib. XLIII. Tit. II. §. 2. HAHN cit. Diss. Th. V. LAUTERBACH Colleg. Th. Pr. Pandectar. lib. XLIII. Tit. II. §. XVII. MASCOV cit. Diss. §. XI. Christ. GMELIN Comment. de remedio L. ult. Cod. de edicto D. Adriani tollendo. (Erlangae 1773.) pag. 5. Not. c. u. a. m.

§. 5.

Ich bin lebhaft davon überzeugt, daß das remedium aus der mehr erwähnten L. finali allerdings auch bey mündlichen Testamenten statt finde, und glaube nicht, daß diese Ausdehnung der Absicht des Gesetzgebers oder der Billigkeit zuwider sey. Denn unstreitig ist der Grund dieses Rechtsmittels kein anderer, als das muthmaßliche Erbrecht, welches aus einem solchen Testamente entspringt, das keinen sichtbaren Mangel an sich hat [20]). Nur darum erfordert daher der Gesetzgeber die Vorlegung eines fehlerfreyen schriftlichen Testaments, weil aus einem solchen Testamente die stärkste Vermuthung entstehet, daß dem Imploranten, welcher darinn zum Erben eingesetzt worden ist, die Erbschaft eher, als dem Besitzer, gebühre [21]). Kann nun diese Absicht des Gesetzgebers auch durch glaubwürdige Scripturen, die über mündliche Testamente abgefaßt worden sind, erreicht, und dadurch ein präsumtives Erbrecht in continenti bescheiniget werden, so ist nicht zu begreifen, warum alsdann die Verordnung des Gesetzes selbst, und das durch dasselbe dem präsum-

20) S. Valent. FOERSTER de hereditatib. quae ab intestato defer. lib. I. cap. XXXIII. n. 2. und Claproth Einleitung in sämmtl. summarische Processe, Abschn. III. Hauptst. 9. Tit. V. §. 196. S. 277. (2. Aufl. Göttingen 1785.)

21) Daher sagt L. ult. C. de ed. D. Had. toll. ei possessio acquiratur, qui potiora ex legitimis modis iura ostenderit.

sumtiven Erben verheissene Rechtsmittel nicht statt finden sollte [22]. Daß nun aber über ein mündliches Testament gerade eine Notariatsurkunde müsse errichtet worden seyn, ist weder in den Gesetzen vorgeschrieben, noch in der Natur der Sache gegründet, indem unstreitig auch eine jede andere öffentliche oder privat Urkunde, welche ein mündliches Testament enthält, wenn solche die gehörige Beweiskraft hat, und aus derselben kein sichtbarer Mangel des Testaments hervorleuchtet, für hinlänglich zu halten ist. Man setze also, daß über ein mündliches Testament ein glaubwürdiges gerichtliches Protocoll vorhanden sey, weil das Testament gerichtlich ist gemacht worden. Sollte eine solche Urkunde zur Bescheinigung eines muthmaßlichen Erbrechts nicht eben so gültig seyn, als ein schriftliches Testament, oder eine über ein mündliches Testament errichtete Notariatsurkunde? Sollte sie daher nicht eben sowohl, als diese, zur Begründung des remedii ex L. fin. dienen können? Ich finde wenigstens keinen hinreichenden Grund, dieses zu bezweifeln [23]. Nach diesem Grundsatze sprach auch der Schöppenstuhl zu Jena bey **Lyncker** [24].

22) Nettelbladt in Diss. de testamento nuncupativo in scripturam redacto (Halle 1760.) Cap. III. §. 26. stimmt hierinn völlig mit mir überein. Man sehe auch BERGER Consil. Consil. 250. arg. 2.

23) S. Joh. Tob. Carrachs Adnotationes ad BOEHMERI doctrinam de actionibus Sect. II. Cap. III. ad §. 6. p. 161.

24) Rer. in Dicaster. Ienens. decisar. P. III. Centur. XIII. Decis. 1258.

§. 6.

Eine gleiche Wirkung schreibe ich einer solchen Urkunde zu, welche die eidliche Aussage derjenigen Zeugen enthält, die bey Errichtung des Testaments zugegen gewesen sind, wenn auch nur wenigstens zwey derselben, falls mehr nicht am Leben seyn sollten, sowohl den Inhalt, als auch alle erforderliche Förmlichkeiten desselben bezeugen [25]. Selbst die Gesetze begünstigen diese Meinung, indem sie auch in andern Fällen zur Erlangung des Besitzes einer Erbschaft, die durch ein nuncupatives Testament verlassen worden ist, weiter nichts erfordern, als daß die Existenz des Testaments durch die dabey zugegen gewesenen Zeugen bescheiniget werde. Denn so rescribirt K. Gordian [26]: Bonorum quidem possessionem ex edicto Praetoris non nisi secundum eas tabulas, quae septem testium signis signatae sunt, peti posse, in dubium non venit. Verum si eundem numerum adfuisse *sine scriptis testamento condito*, doceri potest: iure civili testamentum factum videri, ac *secundum nuncupationem bonorum possessionem deferri*, explorati iuris est. Es ist auch überdem gar kein vernünftiger Grund einzusehen, warum ein solches eidliches Zeugenverhör, welches der Richter aufgenommen,

25) I. H BOEHMER in Digest. Lib. XLIII. Tit. 2. §. 5. Idem in doctr. de actionib. Sect. II. Cap. III. §. 6. not. f. CARRACH in Adnot. ad BOEHMERUM cit. loc. NETTELBLADT cit. loc. pag. 32. Claproth a. a. Orte.

26) L. 2. Cod. de Bonor. possess. sec. tabulas.

men, weniger Auctorität haben sollte, als eine Urkunde, die der Notar über ein mündliches Testament aufgesetzt hat. Ob ein dergleichen Zeugenverhör auch von einem Notar aufgenommen werden könne?, ist streitig. Einige Rechtsgelehrten [27]) wollen ihm gleiche Wirkung beylegen. Allein ich glaube, daß das von einem Notar ohne einen richterlichen Auftrag unternommene eidliche Zeugenverhör in den Gerichten für gültig nicht geachtet werden könne, um das remedium ex L. fin. darauf zu gründen. Denn da eine solche Befugniß einem Notar weder nach den gemeinen Rechten, noch nach der Verordnung des K. Maximilians von Notarien zusteht [28]), so kann auch das von ihm ungültig aufgenommene Zeugenverhör kein Erbrecht bescheinigen.

§. 7.

Wie aber, wenn, wie bey mündlichen Testamenten oft zu geschehen pflegt, die Zeugen selbst das Testament zu Papier gebracht, um den Inhalt nicht zu vergessen? Wie, wenn sie alle sieben diesen Aufsatz unterschrieben und untersiegelt hätten? Würde wohl der-

27) Carrach a. a. O. ist z. B. dieser Meinung.

28) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. IV. Spec. 283. med. 36. Struben rechtl. Bedenken V. Th. Bed. 46. Estor Anfangsgr. des gem. und Reichsprocesses Tit. 32. §. 295. Not. 1. u. Tit. 75. §. 691. Not. 1. Hoffmann teutsche Reichspraxis I. Th. XVII. Hauptst. §. 498.

derselbe zur Begründung des remedii L. fin. für hinreichend zu halten seyn? Der seel. Geh. R. Nettelbladt [29]), leugnet dieses schlechterdings. Mit ihm stimmen auch Sichard [30]) und Mevius [31]) überein, welche in einem solchen Falle, da über ein mündliches Testament kein Notariats-Instrument vorhanden ist, die eidliche Deposition der Zeugen, die bey der Errichtung desselben zugegen gewesen, für durchaus nothwendig halten. Diese Meinung scheint auf folgenden Gründen zu beruhen. Einmahl weil Privatdocumente, worinn Zeugnisse anderer Personen über Geschäfte, die sie selbst nicht angehen und verbindlich machen, enthalten sind, gegen einen dritten anderergestalt nicht beweisen, als wenn die Aussteller als Zeugen eidlich vernommen worden sind [32]). Und zweytens, weil die Gesetze selbst die eidliche Deposition der Zeugen zum Beweis letzter Willensverordnun-

29) a. a. O. pag. 32. in fin.

30) Praelection. in Codic. Tom. II. lib. VI. Tit. 23. ad L. 2. de testament. et libri eiusd. Tit. 33. ad L. fin. C. de Edicto D. Hadr. toll. n. 9.

31) Decis. P. IX. decis. 149.

32) L. 4. C. de testib. Sola testatione prolatam, nec aliis legitimis adminiculis causam approbatam, nullius esse momenti certum est. TESTATIO heißt hier so viel als scriptura testibus iniuratis communita. Conf. BRISSONIUS de Verb. Signific. h. v. Man sehe auch nach Ferd. Christph. HARPPRECHT Resp. XI. n. 104. u. von Tevenar Theorie der Beweise im Civilproceß, II. Abschn. 5. Kap. S. 135 folg.

nungen erfordern [33]. Allein Hellfeld [34] ist anderer Meinung. Dieser behauptet, daß auch für eine Privatscriptur, welche über ein mündliches Testament von einer glaubwürdigen Person aufgesetzt, und den sieben Testamentszeugen unterschrieben worden ist, die rechtliche Vermuthung streite, daß sie den Willen des Testirers enthalte. Und ich glaube, daß sich diese Meinung vertheidigen lasse. Denn es kommt hier nicht auf einen vollständigen Beweis, sondern auf eine für den angeblichen Erben zu begründende Vermuthung an. Ist nun die beygebrachte Urkunde von der Art, daß sie allen Verdacht eines Betrugs ausschließt: sie ist z. B. von dem Testirer selbst bis an seinen Tod wohl verwahret, und von solchen Zeugen unterschrieben und besiegelt worden, die alle im Rufe der Ehrlichkeit gestorben sind, es ist auch die Richtigkeit ihrer Unterschrift und Siegel keinem Zweifel unterworfen, unter den unterschriebenen Zeugen befindet sich sogar ein Notarius, der, wie in dem Bambergischen Rechtsfalle, den Aufsatz verfertiget hat; Enthält ferner die Urkunde deutlich, daß alles dasjenige geschehen sey, was die Gesetze zur Form eines mündlichen Testaments vorschrei-

33) L. 21. §. 3. in fin. L. 31. in fin. Cod. de testament. ICTI TUBINGENS. Vol. III. Conf 212. n. 6. et 7. CARPZOV P. III. Const. III. def. 36. et 38. et in Responsis iuris Lib. VI. Tit. II. Resp. 13. n. 2.

34) in Iurisprud. For. T. II. §. 1418. Conf. quoque VOET in Comment. ad Pandect. T. II. lib. XXVIII. Tit. I. §. 11.

schreiben; auch daß das Testament auf des Testirers Verlangen zu Papier gebracht, ihm und den Zeugen vorgelesen, und von dem Testirer in allen und jeden Puncten genehmiget worden sey, so sehe ich keinen hinreichenden Grund ab, warum der Richter Bedenken tragen sollte, auf eine solche Urkunde, zu Folge des darauf gegründeten remedii ex L. fin. C. de edicto D. Hadriani tollendo die Einweisung in die Erbschaft zu decretiren.

§. 8.

Daß also eine Ausdehnung des remedii L. fin. auf mündliche Testamente nicht gegen die Absicht des Gesetzgebers sey, ist in dem Vorhergehenden gezeigt worden. Ob aber dieselbe nicht wieder die Billigkeit streite? ist eine andere Frage. Ich glaube, daß auch diese verneinet werden kann. Denn es kommt hier immer darauf an, wer das meiste für sich hat. Dem soll der Besitz zugesprochen werden, qui potiora, wie Justinian [35]) sich ausdrückt, ex legitimis modis iura ostenderit. Ist nun der Besitzer der Erbschaft so probable Gründe seines Erbrechts anzugeben nicht im Stande, als der Implorant für sich an- und ausgeführt hat, wie kann er sich über Unbilligkeit beklagen, wenn ihm der Besitz abgesprochen wird? Es ist auch dieses der Rechtsanalogie gar nicht zuwider, nach welcher

35) L. fin. cit.

cher nur bey gleichen Gründen für den Besitzer gesprochen werden soll [36]).

VIII.

Ueber das Transmissionsrecht bey Universal-Fideicommissen, insonderheit, wenn der Fideicommissarische Erbe zwar den Erblasser, aber nicht den Fiduciar überlebt hat.

§. 1.

Es ist eine allgemein bekannte Rechtswahrheit, daß, wenn ein Erbe, der kein suus heres ist, vor Antretung der Erbschaft verstirbt, er seinen eigenen Erben kein Recht auf die bey seinem Leben noch nicht angenom-

36) L. 128. D. de Reg. Iuris. In pari causa possessor potior haberi debet. Von diesem Falle, da für beyde Theile gleiche Gründe streiten, sind auch die oben angeführten L. 33. u. 126. §. 2. D. de Reg. Iur. zu verstehen. Z. B. wenn Jemand die nämliche Sache an zwey verschiedene Personen verschenkt hat, so hat derjenige vor dem andern ein Vorrecht, dem die Sache zuerst übergeben worden, und der sich also in dem Besitze derselben befindet. L. 15. in fin. Cod. de Rei Vindicat. Conf. Iac. Gothofredi Commentar. in Tit. Pandectar. de divers. Reg. Iur. ad LL. cit. 33. et 126. in Eius Operib. iurid. minorib. p. 846. et 1064. sq.

nommene Erbschaft hinterlasse [1]). Ueber den eigentlichen Grund dieser gesetzlichen Verordnung sind zwar die Rechtsgelehrten sehr verschiedener Meinung. Einige wollen denselben in den zwölf Tafelgesetzen, andere in der Lex Iulia et Papia Poppaea gefunden haben, wie man bey **Joseph Averanius** [2]) und **Joseph Finestres** [3]) nachsehen kann. Ich halte indeß mit **Anton Faber** [4]) dafür, daß der wahre Grund davon wohl natürlich kein anderer seyn könne, als weil das Recht der Erbes-Antretung lediglich von der Delation abhängt. Denn niemand ist berechtiget eine Erbschaft anzutreten, sagt **Terentius Clemens** im fünften Buche seines Commen-

1) Hereditas non adita non transmittitur. L. un. §. 5. Cod. de caduc. tollend. L. 7. L. 18. Cod de iure delib. Die Ausnahmen, wenn der Erbe durch sehr entschuldigende Ursachen an der Annehmung der Erbschaft verhindert worden, ferner die K. Theodosius bey den emancipirten Kindern, und die Justinian bey allen Erben gemacht hat, wenn sie vor Ablauf der Zeit versterben, die ihnen zur Ueberlegung, ob sie erben wollen, oder nicht, gegeben war, übergehe ich als bekannt. S. Hrn. Prof. Westphals systematischen Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente, Annehmung und Ablehnung der Erbschaft (Leipzig 1790. 8.) IV. Th. I. Abschn. I. Kap. S. 145. ff.

2) Interpretat. iuris Lib. IV. cap. IV.

3) Commentar. ad Tit. Dig de acquirenda vel omittenda hereditate P. II. Cap. X. in Desselben Praelectionib. Cervariensibus (Cervariae Lacetanor. 1750. 4.) pag. 389. sqq.

4) Coniectur. iuris civ. Lib. XIV. cap. 1.

mentars über die Lex Iulia et Papia [5]), als derjenige, dem sie zugefallen ist. Nun aber deferiren die Gesetze die Erbschaft nur dem scriptus heres, wenn ein Testament vorhanden ist, und in desselben Ermangelung dem nächsten Verwandten ab intestato, nicht den Erben des Erben [6]).

§. 2.

Jedoch findet jene Regel nur bey directen Erbschaften statt. Auf Universal-Fideicommisse gehet sie nicht. Denn diese kann man nach deutlicher Vorschrift der Gesetze [7]) auf seine Erben transmittiren, wenn man auch vor geschehener Agnition und erfolgter Ueberlieferung mit Tode abgehen sollte [8]). Der Grund dieses allerdings wichtigen Unterschiedes beruhet darinn, weil Universal-Fideicommisse wegen des in der Delation enthaltenen Rechts gegen die Person des Fiduciars, dergleichen bey directen Erbschaften durch deren Delation gegen die Person eines Dritten nicht erworben wird,

5) L. 151. D. de Verb. Signif. Man vergleiche auch L. 13. pr. L. 17. pr. D. de acquir. vel omitt. heredit.

6) Ich habe hiervon auch in meinen Opuscul. Fasc. IV. (Erlangen 1790. 8.) pag. 194. sqq. gehandelt.

7) L. 25. pr. L. 44. pr. D. ad SCtum Trebell. L. 21. Cod. de Fideicommiss.

8) Sehr ausführlich hat AVERANIUS Interpretat. iuris Tom. II. lib. IV. cap. 6. 7. u. 8. dieses Thema abgehandelt.

wird, sowohl in Ansehung der Acquisition als der davon abhangenden Transmission die Eigenschaft der Vermächtnisse haben 9). Zwar sind die Fideicommisse ihrem Ursprung nach nicht so, wie die Vermächtnisse, in eigentlichen bürgerlichen Gesetzen gegründet. Sie wurden, wie bekannt, blos durch den Gebrauch eingeführt, und man bediente sich ihrer insgemein in fraudem legum, wenn man gern einer Person etwas aus seiner Verlassenschaft zuwenden wollte, welcher man doch nicht geradezu die Erbschaft oder ein Legat hinterlassen durfte 10). Sie waren eben deßwegen auch Anfangs keine gültigen Verordnungen. Denn man konnte seinen Willen nur bittweise erklären. Eine Bitte aber legt dem, an welchen sie ergeht, keine vollkommene Verbindlichkeit auf. Daher war auch nach dem alten römischen Rechte der Erbe nicht schuldig, den auf eine solche Art geäußerten Willen des Erblassers zu befolgen. That er es freywillig, so war es Höflichkeit und ein edler Zug seines Charakters. Erst K. August ließ in einzelnen Fällen und aus besondern Ursachen die Consuln auf die Erfüllung der Fideicommisse

9) Man sehe Fratr. BECMANNORUM Consilia et Decision. P. I. Consf. XLIV. pag. 517. sq.

10) Eine avthendische Geschichte der Fideicommisse findet man §. 1. I. de fideicommiss. heredit. Vergleiche auch Westphals hermenevtisch-systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen I. Kap. §. 14.

misse sprechen [11]). Und weil man dieses für recht und billig hielt, so wurde nach und nach ein allgemeines Recht daraus, ja deren Begünstigung so groß, daß ein eigener Prätor angestellet wurde, der in allen Fällen, wo gegen die Person des Fideicommissars nichts einzuwenden wäre, darauf erkennen sollte, und welcher von diesem Departement den Namen Praetor fideicommissarius erhielt [12]).

§. 3.

Nach dem neuern römischen Rechte ist demnach das Recht des Fideicommissars, von dem Fiduciar die Ablieferung der Erbschaft zu verlangen, eben so fest gegründet, als das Recht des Legatars, von dem Erben die Auszahlung des Vermächtnisses zu begehren.

 Ja

11) Justinian sagt a. a. Orte seiner Institutionen: Postea D. AUGUSTUS primus, semel iterumque, gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, iussit Consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia iustum videbatur, et populare erat, paulatim conversum est in assiduam iurisdictionem: tantusque eorum favor factus est, ut paulatim etiam Praetor proprius crearetur, qui de fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant.

12) ULPIANUS Fragm. Tit. XXV. §. 12. Fideicommissa non per formulam petuntur, ut legata; sed cognitio est Romae quidem Consulum, aut Praetoris, qui Fideicommissarius vocatur: in provinciis vero Praesidum provinciarum.

Ja was noch mehr ist, das Pegasianische Senatusconsultum legt sogar dem Erben die vollkommene Verbindlichkeit auf, die fideicommissarische Erbschaft auch wider seinen Willen anzunehmen, um sie dem Fideicommissar restituiren zu können [13]). Wenigstens wird die Erbschaft bey einer Widerspenstigkeit des Fiduciars für angetreten geachtet, und zur Ablieferung können Zwangsmittel gebraucht werden. Denn die vorgängige Erbantretung ist nöthig, wenn nicht der Fiduciar ein suus heres ist [14]). Dieser Zwang des Erben zur Antretung und Ablieferung der Erbschaft ist jedoch nur bey Universalfideicommissen und zu Gunsten eines Fideicommissarerben eingeführt [15]), wer blos ein Legat oder ein Singularfideicommiß zu fordern hat, darf davon keinen Gebrauch machen [16]).

§. 4.

13) §. 6. I. de fideicomm. hereditat. Si recusabat scriptus heres adire hereditatem ob id, quod diceret, eam sibi suspectam esse, quasi damnosam, cavebatur Pegasiano SCto, ut, desiderante eo, cui restituere rogatus esset, iussu Praetoris adiret et restitueret hereditatem. Add. VLPIANUS Fragm. Tit. XXV. §. 16.

14) Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen, 18. K. §. 1717. ff.

15) L. 14. §. 7. et 8. L. 15. L. 16. §. 1. D. ad SCtum Trebell.

16) L. 16. §. 2. D. eodem. Generaliter autem potest dici, ita demum quem non posse cogi adire et restituere hereditatem, si de re vel quantitate fuerit rogatus. Caeterum si de universitate sensisse testatorem appareat: nulla quaestio est, quin, sive suspectam dicat, cogi possit; sive sponte adit, ex Trebelliano transeant actiones.

§. 4.

Insofern nun diese Rechte des Fideicommißars noch bey Lebzeiten desselben in seiner Person ihren Anfang genommen haben, gehen sie auf desselben Erben über [17]). Die Kr. Diocletian und Maximian versichern uns hiervon in ihrem Rescript [18]) ganz deutlich, welches folgender gestalt lautet: Si *in personam patris tui*, cui te successisse proponis, *fideicommissi dies utiliter cessit*, licet tempore, quo fuerat datum, necdum te natum fuisse probetur, uxorem patrui tui, quem contendis rogatum fuisse patri tuo, si sine liberis decesserit, ab avo tuo relicta restituere: si ei successerit, *de fideicommisso convenire debes*. Eben dieß bestätigt Javolen [19]) auch sogar in dem Falle, da dem Fideicommiß, jedoch nur der Erfüllung desselben, nicht dem Rechte selbst, eine Zeit beygefügt worden, und der Fideicommissar vor Eintretung derselben verstorben ist. Ich will, ohne die vorausgeschickte umständliche Geschichtserzählung, nur die Worte seines ertheilten Gutachtens anführen. Sie lauten also; Si Seius Oceanus, cui fideicommissa hereditas ex testamento Seii Saturnini, cum annos sedecim haberet, a Valerio Maximo, fiduciario herede, restitui debeat, priusquam praefinitum tempus aetatis impleret, decessit: fiduciaria hereditas ad eum pertinet, ad quem caetera bona

17) AVERANIUS Interpret. iuris lib. IV. Cap. 6. n. 4. pag. 30. Westphal im angef. Buche §. 1850.

18) L. 21. Cod. de Fideicommiss.

19) L. 46. D. ad SCtum Trebell.

bona Oceani pertinuerint: *quoniam dies fideicommissi vivo Oceano cessit:* scilicet si prorogando tempus solutionis, tutelam magis heredi fiduciario permisisse, quam incertum diem fideicommissi constituisse videatur.

§. 5.

Zwar verstehet es sich von selbst, daß der Fideicommissar durch den bloßen Anfall des Fideicommisses nicht gleich das Universaleigenthum an den Gütern der Erbschaft acquirire [20]. Denn dieses hängt von der acceptirten Restitution ab [21]. Erst hierdurch tritt er in des Erbens Stelle [22], und wird nun einem Erben gleich gehalten [23]. Allein ein Recht gegen die Person des Fiduciars, wodurch die Personalklage ex testamento oder ex

20) Fratr. BECMANNORUM Consil. et Decis. a. a. O. pag. 517.

21) L. 65. pr. L. 66. §. 1. L. 67. pr. D. ad SCtum Trebell.

22) L. 63. pr. D. eodem. Die Restitution des Fideicommisses gewährt dem Fideicommissar eben das, was dem Erben die Erbesantretung. L. 1. et 2. D. de fideicom. hered. petit. AVERANIus Interpret. iuris lib. IV. cap. 6. n. 1. pag. 30.

23) L. 44. §. 1. D. eodem. Nam et quodammodo in partem hereditatis Senatus recipi voluit fideicommissarium, et haberi heredis loco, pro qua parte ei restituta esset hereditas. Also eigentlicher Erbe wird der Fideicommissar nicht. Die Ursache davon ist, weil der Fiduciar schon Erbe geworden, und neben ihn nicht noch ein anderer Erbe zugleich und in solidum sich gedenken läßt. L. 141. §. 1. D. de Reg. Iur. S. Ant. FABER Errores Pragmaticor. Decad. XXVII. Err. 5.

ex Senatusconsulto begründet wird, acquirirt doch der Fideicommissar durch die bloße Delation, auch sogar ohne eine Agnition, wie bey den Vermächtnissen, in der Maaße, daß er, wenn er auch vor geschehener Ablieferung verstirbt, dennoch dieses Recht von dem Fiduciar oder desselben Erben [24]) die Restitution der Erbschaft zu verlangen, auf seine Erben ohne Unterschied transmittiren könne [25]).

§. 6.

Es kommt nun also bey der Transmission der Universalfideicommisse alles auf den Zeitpunct an, da die Rechte des Fideicommissars ihren Anfang nehmen. Denn der Uebergang dieser Rechte auf die Erben ist nur eine Folge des entstandenen Anfangs derselben [26]). Unsere

24) Denn wenn die Herausgabe des Fideicommisses von dem Fiduciar selbst noch nicht geschehen ist, so kann sie annoch vermöge des Trebellianischen Senatusconsultum von desselben Erben verlangt werden. L. 64. §. 2. D. ad SCtum Trebell.

25) Fratr. BECMANNORUM Consil. a. a. O.

26) Ulpian L. 3. D. Quando dies legator. vel fideicommissor. cedat. giebt dieß nicht undeutlich zu verstehen, wenn er sagt: Nam cum ad heredem non transferatur, frustra est, si ante quis diem eius cedere dixerit. Der Sinn der Worte dies cedit ist also nicht auf den Uebergang der Rechte auf die Erben allein einzuschränken. Er begreift mehr, und dieser Uebergang ist nur ein Stück davon. Die Transmission erfolgt erst nach entstandenem Anfange der Rechte. L. 5. pr. D. eodem.

sere Gesetze drücken diesen Zeitpunct, da die Rechte auf das Fideicommiß in der Person des Fideicommissars ihren Anfang nehmen, so daß er sie auf seine Erben transmittiren kann, mit den Worten aus: dies fideicommissi cedit, wie die oben (§. 4.) angeführten Gesetzstellen beweisen. Hier treten nun die nämlichen Grundsätze ein, die von der Vererbung der Vermächtnisse 27) gelten. Dieß beweißt einmal die Vergleichung, die Ulpian 28) zwischen einem Vermächtnisse und einer Fideicommißerbschaft in Rücksicht der Transmission anstellt. Idem dicendum est, sagt er *lib.* 24. *ad Sabinum*, et fideicommissa hereditate puero data, aut si ante restitutam decessisset, matri eius relicta: ut, si puer ante diem legati cedentem decessisset, matri debeatur; si postea, ad pupilli heredes fideicommissum transmittatur, utpote re ipsa mora subsecuta. Kurz vorher hatte Ulpian den Fall entschieden, wenn Jemand dem Titius hundert Ducaten vermacht, und, wenn dieser vor dem Empfang versterben sollte, die nämliche Summe dem Sempronius legiret hätte. Nach der blosen Subtilität des Rechts konnte es scheinen, daß der Erbe beyden, nämlich dem Sempronius und den Erben des Titius zur Auszahlung verpflichtet sey, weil gleichsam zwey Legate neben einander verordnet stehen, das

27) Von dem Vererbungsrechte bey Vermächtnissen handelt sehr gründlich Hr. Prof. Westphal in dem treflichen Werke von Vermächtnissen und Fideicommissen Kap. XV. Abth. 5. S. 613. folg.

28) L. 3. §. 2. D. de adimend. vel transfer. legat.

das eine als unbedingt, das andere aber bedingt. Allein da das erste wegfällt, wenn die Bedingung eintritt, und, wenn sie nicht eintritt, das letzte für ungeschrieben zu achten ist, so konnte sich doch nur einer von beyden zu dem Legat melden. Es fragte sich also, welcher? **Ulpian** meint, daß alles darauf ankomme, ob in Ansehung des Titius der Erbe saumselig gewesen, oder nicht. Im ersten Falle hat Titius seine Forderung auf seine Erben transmittirt, und diese schließen den Sempronius aus. Im letztern Falle hingegen bekommt Sempronius das Legat. Denn hier war es nicht genug, daß das Legat des Titius seinen Anfang genommen, um den Sempronius auszuschliessen. Es war hierzu noch eine Handlung des Legatars erforderlich, welche aber, ohne des Erben Schuld, nicht geschehen war [29]. Hätte das Legat vollends, setzt **Ulpian** noch hinzu, in der Person des Titius noch nicht einmal seinen Anfang genommen, sondern dieser ante diem legati cedentem verstorben wäre, so ist das erstere Legat gänzlich zernichtet, die Erben des Titius erhalten nichts, und also bekommt Sempronius das ganze Legat allein. Die nämlichen Rechtsgrundsätze, fährt **Ulpian** fort, finden auch in dem Falle statt, wenn einem Kinde eine Fideicommißerbschaft hinterlassen worden, und die Mutter demselben, daferne es vor der Restitution versterben sollte, im Fideicommiß

29) Barthol. Chesius in Different. iuris cap. XVI. (in Iurisprud. Rom. et Attica Tom. II.)

miß substituirt ist. Denn auch hier kommt es darauf an, ob das Fideicommiß in der Person des Kindes schon seinen Anfang genommen oder nicht. In letzterm Falle fällt das Fideicommiß an die Mutter. In ersterem aber gehet es auf die Erben des Pupillen über. Denn der Fiduciar ist hier in mora, sobald dies fideicommissi cedirt ist. Eine Interpellation ist hier nicht nöthig. Diese geschiehet für das Kind durch die Gesetze. So sind die Worte: utpote re ipsa mora subsecuta, zu verstehen [30]). Ich bemerke nur noch, daß auf diesen Umstand der Saumseligkeit des Erben in Ablieferung des Fideicommisses nur alsdann zu sehen ist, wenn dem Fideicommissar auf den Fall, da er vor der Restitution sterben sollte, ein anderer substituirt ist. Sonst würde der Fideicommissar, wenn er nur den Anfang des Fideicommisses erlebt hat, dasselbe sofort auf seine Erben transmittiren [31]).

§. 7.

Einen zweyten Beweis, daß bey der Transmission der Universal-Fideicommisse dieselbigen Rechtsgrundsätze, wie bey Vermächtnissen, statt finden, giebt uns die Ordnung und der Zusammenhang des Titels der Pandecten: Quando dies legatorum vel fideicommissorum

30) AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. IV. cap. VII. n. 11. pag. 38.

31) Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen, Kap. XVIII. Sect. IV. §. 1606 u. 1607.

rum cedat, welcher die Grundsätze von der Vererbung der Vermächtnisse und Fideicommisse enthält. Denn dieser folgt nicht gleich nach der weitläuftigen Materie von den Vermächtnissen und Singular-Fideicommissen, sondern ist vielmehr mit grossem Bedacht dem Titel ad SCtum Trebellianum, welcher von Universal-Fideicommissen handelt, beygefügt worden. Ein Beweis, wie practisch die Lehre von dem Zusammenhange und der Ordnung der einzelnen Titel in den Pandecten ist, worauf uns Justinian [32]) selbst aufmerksam macht, wenn gleich nicht zu läugnen ist, daß eine bessere Ordnung möglich gewesen wäre [33]). Einen dritten Beweis für unsern Satz finden wir in der Verordnung des K. Justinians, in welcher derselbe die Lex Papia aufgehoben hat [34]). Dieses Gesetz hatte nämlich zum Besten der kaiserlichen Kriegscasse verordnet, daß das Recht des Legatars erst angehen, mithin der Uebergang desselben an die Erben nur alsdann statt finden sollte, wenn der Legatar die Eröffnung des Testaments erlebt hätte [35]). Daß dieses Papische Gesetz auf Fidei-

32) L. 2. §. 2—8. Cod. de vet. iur. enucl.

33) Hiervon verdienen verglichen zu werden Io. Chr. KOCH Diss. de ordine Legum in Pandectis. Giessae 1784. u. Gottl. HUFELAND Diss. de Legum in Pandectis interpretandarum subsidio ex earum nexu et consecutione petendo. Ienae 1785.

34) L. un. Cod. de caduc. tollend.

35) VLPIANUS Fragm. Tit. XXIV. §. 31. HEINECCIUS in Commentar. ad L. Iul. et Papiam Poppaeam. lib. III. cap. II. §. 3. pag. 381.

Fideicommisse ebenfalls erstrecket worden sey, läßt sich aus Justinians Verordnung nicht undeutlich abnehmen. Denn darinn werden bey Anführung jenes Gesetzes solche allgemeine Ausdrücke gebraucht, die sowohl auf Legate als auf Fideicommisse passen. Z. B. ea, quae in ultimis elogiis relinquuntur, ferner is, qui aliquid ex testamento habuit, deßgleichen hoc, quod relictum erat, u. s. m. 36). Dem sey indeß, wie ihm wolle, genug Justinian gedenkt bey Aufhebung des Papischen Gesetzes der Fideicommisse ganz ausdrücklich neben den Vermächtnissen, und setzt bey beyden einerley Regel fest, nämlich: ut legatorum et fideicommissorum pure vel in diem certum relictorum dies a morte testatoris cedat 37). Nur in Ansehung der directen Erbschaften soll es bey der Regel der Alten bleiben: hereditas non adita non transmittitur. Ein deutlicher Beweis, daß Justinian unter dem allgemeinen Ausdrucke der Fideicommissorum auch Universal-Fideicommisse verstanden wissen wolle; zumal, da in Ansehung derselben keine besondere Ausnahme gemacht worden ist, die Regel: hereditas non adita non transmittitur aber auf fideicommissarische Erbschaften nicht gehet, wie schon oben gezeigt worden, und auch daraus erhellet, weil der Ausdruck adire blos von directen Erbschaften, von fidei-

36) §. 2. dictae L. un. Cod. de caduc. toll.

37) §. 1. et 5. dict. L. un. Cod.

fideicommissarischen hingegen gar nicht gebräuchlich ist [38]).

§. 8.

Zu Folge dieser Grundsätze ist nun bey der Frage: quando dies hereditatis fideicommissae cedat? eben so, wie bey Vermächtnissen, ein Unterschied zu machen, ob das Fideicommiß bedingt oder unbedingt ist. Im letzten Falle nimmt das Fideicommiß gleich nach dem Tode des Erblassers seinen Anfang. Hat also der Fideicommissar nur diesen überlebt, so transmittirt er sein Recht auf seine Erben, wenn auch gleich die Erbantretung bey seinen Lebzeiten vom Fiduciar noch nicht geschehen war. Es wäre denn, daß der Erblasser eine andere Willensmeinung zu erkennen gegeben hätte. Julian [39]) bestätigt dieses in folgendem Rechtsfalle: Quidam ita in testamento scripserat: *A te, heres, peto, fideique tuae committo, ut quidquid ex hereditate ad te pervenerit, filio meo prima quaque die, aut, si prius quid ei acciderit, matri eius des, reddas.* Quaeritur, cum antequam adeatur hereditas, puer decesserit: an fideicommissum matri debeatur? Respondi, si puer, antequam

38) Conf. AVERANIUS in Interpretat. iuris lib. IV. cap. VIII. n. 9. sqq. und schon vorher n. 4. pag. 40. heißt es: Nomine autem hereditatis non continetur hereditas fideicommissa, quia haec non aditur, et numquam adiri dicitur, sed agnosci et restitui.

39) L. 25. pr. D. ad SCtum Trebell.

tequam dies fideicommissi cedat, decessisset, fideicommissum translatum esse ad matrem: postea autem quam dies fideicommissi cedit, si decesserit, ad heredem pueri fideicommissum pertinere. Sed an ea voluntas fuit patrisfamilias, ut si ante restitutum fideicommissum puer decessisset, matri potius quam heredibus praestaretur: Praetor aestimabit ex persona matris, et ex persona heredis pueri. MARCELLUS: Sed testatoris voluntati congruum est, quandocunque puer decesserit, sive antequam dies fideicommissi cedit, sive postea, ad matrem transferri fideicommissum, si non iam puer hoc acceperit; eoque iure utimur. Ein Erblasser hatte seinen Erben gebeten, die Erbschaft sogleich nach Antretung derselben (prima quaque die) seinem, des Erblassers Sohne, wiederum auszuhändigen, oder, wenn derselbe vor der Restitution versterben sollte, (si prius quid ei acciderit) sie desselben Mutter zuzustellen. Es fragte sich, ob die Rechte des Kindes, nachdem das Fideicommiß seinen Anfang genommen, schon vor der Ablieferung auf dessen Erben übergingen, und diese alsdann die Mutter ausschlössen, oder ob die Mutter auf alle Fälle die dem Kinde noch nicht geschehene Ablieferung verlangen könne [40])? Nach den gemeinen Rechtsgrundsätzen, antwortet Julian, würde, wenn der Fideicommissar den Anfang des Fideicommisses erlebt hat, desselben Recht auf seine Erben übergehen, wenn er gleich vor der Ablieferung gestor=

40) Man vergleiche hier vorzüglich AVERANIUS a. a. O. n. 7. pag. 41. und Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen. §. 1606. S. 1096. f.

storben wäre. Die Mutter würde also nur dann einen Anspruch auf das Fideicommiß machen können, wenn das Kind den Anfang desselben nicht erlebt hätte. (antequam dies fideicommissi cedat) — Dies würde nach dem neuesten römischen Rechte geschehen seyn, wenn das Kind noch vor dem Erblasser gestorben wäre. — Allein weil doch nach den Worten des Testaments auf den Fall, da des Erblassers Sohn die Ablieferung des Fideicommisses nicht erlebte, an desselben Mutter die Restitution geschehen sollte, so zweifelt **Julian**, was eigentlich die Willensmeinung des Erblassers bey der Substitution der Mutter gewesen seyn möge, und ob sie auf alle Fälle das Fideicommiß verlangen könne, vor dessen Ablieferung ihr Sohn verstorben wäre? **Julian** war der Meinung, daß man dieses nach den Umständen, und nach der Neigung des Erblassers, so er zu seiner Frau gehabt, beurtheilen müsse. Allein **Marcellus** hielt es auf jeden Fall dem Willen des Erblassers für gemäßer, schlechthin für die Mutter zu sprechen, es möchte das Kind den Anfang des Fideicommisses erlebt haben oder nicht, genug, wenn es vor geschehener Ablieferung gestorben wäre. Und diese Meinung war auch in der Praxis angenommen. Et recte quidem; setzt **Averanius** [41]) hinzu, quia verba sunt generalia utrumque casum comprehendentia; ibi *aut si quid ei prius acciderit*. Nempe priusquam ei restituas hereditatem, itaque comprehendunt omne tempus ante restitutionem heredi-

41) a. a. O. pag. 41. n. 7.

reditatis: adeoque etiam tempus subsequens diei cessionem, scilicet quod fluit a morte testatoris usque ad restitutionem. Quamobrem recte etiam subdit MARCELLUS: *Si non iam puer hoc acceperit*; nam per ipsam restitutionem deficit conditio substitutionis. Sed haec nihil nobis obsunt: neque enim ambigi potest, testatorem posse transferre in alium fideicommissum, non solum post diei cessionem, sed etiam post restitutionem, et quandocunque, veluti cum alteri illud relinquit post mortem fideicommissarii. Mit diesen Grundsätzen stimmen auch die Rescripte des Kr. **Antoninus** [42]) und der Kr. **Diocletian** und **Maximian** [43]) überein. Es ist daher ganz irrig, wenn **Anton Faber** [44]) schlechthin behaupten will,

42) L. 3. Cod. de Fideicommiss. Nach dem Inhalte dieses Rescripts sollten die Erben der Verordnung der Erblasserin zu Folge eine junge Sclavin in Freyheit setzen, und ihr sodann die Erbschaft abliefern. Chrysis wurde zwar manumittirt, allein sie starb bald nachher, und noch vor der Ablieferung des Fideicommisses. Die Fiduciarerben waren, als Patrons, ihre rechten Erben. Auf diese hatte sie also das Fideicommiß transmittirt. Weil jedoch Niemand sich selbst eine Erbschaft abliefern kann, so hob sich wegen dieser Confusion das Fideicommiß von selbst. Dieß ist der Sinn der Schlußworte: Qui si adierint eius hereditatem, confusis actionibus, fideicommisso sunt liberati. S. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen. Kap. XVIII. §. 1618.

43) L. 21. Cod. eodem. Die Worte derselben sind schon oben §. 4. angeführt worden.

44) Error. Pragmaticor Decad. XXXI. Err. 1. Er sucht zwar seine Meinung aus L. 11. §. 2. D. ad. SCtum Trebell. zu erweisen. Allein daß dieses Gesetz nichts beweise, hat

AYE-

will, daß der Tod des Fideicommissars vor der Restitution die Transmission des Fideicommisses hindere.

§. 9.

Was von unbedingten Fideicommissen gesagt worden ist, gilt auch von solchen, die nach Ablauf einer gewissen bestimmten Zeit (ex die certo) abgeliefert werden sollen [45]). Das Recht des Fideicommissars nimmt ebenfalls gleich nach dem Tode des Erblassers seinen Anfang. Nur die Ablieferung kann eher nicht, als nach Ablauf der bestimmten Zeit, verlangt werden. Dies quidem statim cedit, sed ante diem peti non potest, ist die Sprache unserer Gesetze [46]).

§. 10.

Bey bedingten Universal-Fideicommissen verhält es sich anders. Denn hier gehen des Fideicommissars Rechte erst mit Erfüllung der Bedingung an. Wird sie also bey Leben des Fideicommissars nicht erfüllt, so haben dessen Erben nichts zu fordern. Dieß be-

Averanius Interpret. iur. lib. IV. cap. VI. n. 7. pag. 31. sqq. gezeigt. S. auch Westphal im angef. Buche K. XVIII. 4. Abschn. §. 1768. S. 1213.

45) In L. un. §. 1. in fin. Cod. de caduc. toll. werden Fideicommissa pure und sub die certo relicta in eine Classe gesetzt.

46) L. 21. pr. D. Quando dies legator. vel fideicomm. cedat.

bestätigt folgende Verordnung Justinians 47). Sin autem aliquid sub conditione relinquatur, vel casuali, vel potestativa, vel mixta: quarum eventus ex fortuna vel ex honoratae personae voluntate, vel ex utroque pendeat, vel sub incerto die: exspectari oportet conditionis eventum, sub qua fuerit derelictum, vel diem: *ut tunc cedat, cum vel conditio impleatur, vel dies incertus extiterit.* Quodsi in medio is, qui ex testamento lucrum sortitus est, decedat, vel eo superstite conditio defecerit, hoc, quod ideo non praevaluit, manere disponimus simili modo apud eos, a quibus relictum est: nisi et hic vel substitutus relictum accipiat, vel coniunctus, sive heres, sive legatarius, hoc acquirat: cum certi iuris sit, et in institutionibus, et legatis et *fideicommissis* et mortis causa donationibus posse substitui.

§. 11.

Auf die Art der Bedingung kommt, wie Justinian ausdrücklich sagt, gar nichts an. Die Wirkung bleibt daher die nämliche, wenn gleich dem Fideicommiß nur eine Potestativ-Bedingung ist beygefügt worden 48). Einen merkwürdigen Fall hat Scävola 49): A testatore rogatus, schreibt dieser Jurist *lib.* 20. *Digestorum.*

47) L. un. §. 7. Cod. de caduc. toll.

48) Eben so Ulpian L. 5. §. 2. D. Quando dies legatorum vel fideicomm. cedat: Si sub conditione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit, quam conditio fuerit impleta: ne quidem, si ea sit conditio, quae in potestate sit legatarii.

49) L. 109. D. de condit. et demonstrat.

rum, ut acceptis centum nummis restitueret hereditatem Titiae coheredi suae, adita hereditate decessit, similiter et Titia, antequam daret centum. Quaesitum est, an heres Titiae, offerendo centum ex fideicommisso, partem hereditatis consequi possit? Respondit, heredem conditioni parere non posse. CLAUDIUS: magno ingenio de iure aperto respondit, cum potest dubitari, an in proposito conditio esset. Diese Stelle verdient wegen der anzüglich scheinenden Note des **Claudius Tryphoninus**, nicht, wie Cujaz meint, **Saturninus**, den DE LA RUE [50]) deshalb widerlegt, einige Erläuterung. Der Fall, den Scävola entschied, war sonder Zweifel folgender: Ein Erblasser hatte den Sejus und die Titia zu Erben eingesetzt, der Titia aber daneben auch des Sejus Theil als Fideicommiß verlassen, wenn sie demselben eine bestimmte Summe Geldes geben würde. Beyde starben nach Antretung der Erbschaft. Daß Sejus vor der Ablieferung des Fideicommisses gestorben, hätte nichts geschadet. Deswegen hätte doch Titia das Fideicommiß auf ihre Erben transmittiren können. Allein ein mißlicher Umstand war es, daß Sejus bey seinem Leben das Geld noch nicht erhalten. Noch mißlicher, daß Titia vor der Erfüllung dieser Condition gestorben. Es fragte sich also, ob nicht der Erbe derselben die Bedingung noch erfüllen, und, gegen Bezahlung der hundert Nummen, die Ablieferung des Fideicommisses von des Sejus Erben verlangen könne?

50) Amoen. iuris Observat cap. 4. In Ev. OTTO Thes. Iuris Rom. Tom. V. pag. 1494.

Scävola antwortet, Nein! Er hielt die Worte des Testirers: acceptis centum nummis für eine unstreitige Bedingung, und sprach nach den in solchem Falle gemein bekannten Rechtsgrundsätzen [51]), (de iure aperto respondit). Denn nach denselben hätte Titia der Bedingung des Fideicommisses schlechterdings noch bey ihrem Leben ein Genüge leisten müssen [52]). Zwar hätte man in facto wohl noch zweifeln können, ob der Erblasser in der Maaße, wie er sich ausgedruckt hat, wirklich die Absicht gehabt habe, dem Fideicommiß eine Bedingung beyzufügen. Allein es wäre denn doch nur auf Conjecturen hinausgelaufen. Darüber setzte sich der grosse Scävola nach seinem bekannten Scharfsinn hinweg, und zog das ius apertum einer ungewissen Conjectur vor [53]). So läßt sich Tryphonins Note über den Scävola ganz gut erklären, ohne mit Alciat [54]) und Averanius [55]) sie für Persiflage zu

51) L. 13. §. 6. D. de heredit. petit. L. 6. §. ult. L. 40. D. de Statu liber.

52) Conf. RETES ad Claudii notas ad Scaevolam, Opuscul. lib. IV. bey Meermann Thes. Iur. Civ. et Canon. T. VI. pag. 216. und CONRADI de vita et scriptis Scaevolae cap. IX.

53) DUARENUS in Scaevola, seu Commentario ad L. 122. D. de Verbor. Obligat. Christ. RAU Diss. de Claudio Tryphonino, ICto Rom. (Lipsiae 1768.) §. VIII. p. 23. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen Kap. VII. Sect. VI. §. 547. S. 416.

54) Parergor. lib. IV. cap. 1.

55) Interpretat. iur. lib. IV. cap. VI. n. 15. pag. 34.

zu halten; welches sich ohnehin mit der Achtung nicht vereinbaren läßt, die Tryphonin in andern Stellen gegen Scävola, seinen Lehrer, bezeigt [56].

§. 12.

Eine ungewisse Zeit, von der man nicht weiß, ob sie der Fideicommissar erleben wird, ist, wenn sie der Ablieferung des Fideicommisses beygesetzt worden [57], als eine Bedingung anzusehen. Daher nehmen die Rechte des Fideicommissars auch bey dieser nicht eher ihren Anfang, als bis diese Zeit erschienen ist. Stirbt der Fideicommissar vorher, so erfolgt keine Transmission. Dieß läßt sich aus folgendem Rescripte der Kaiser Sever und Antonin [58], schließen: Si Pontionilla ad eam aetatem pervenit, cui legatum vel fideicommissum relictum erat; petitionem ad heredes transmisit, licet ante decesserit, quam consequeretur legatum vel fideicommissum.

§. 13.

Der Sterbetag des Erben ist eine ungewisse Zeit. Hat daher der Erblasser das Fideicommiß

 auf

56) CUJACIUS in Praelect. ad Scaevolae Respons. princip. und Ioan. van de WATER Observat. iur. Rom. lib. I. cap. 4. pag. 28.

57) L. 75. D. de condit. et demonsttat. Dies incertus conditionem in testamento facit.

58) L. 3. Cod. Quando dies legati vel fideicommissi cedit. S. Westphal im angef. Buche Kap. 15. §. 911. S. 650.

auf den Sterbefall des Erben verordnet, so ist es ein bedingtes Fideicommiß, und fällt weg, wenn der Fideicommissar vor dem Erben stirbt. Denn ein solches Fideicommiß, dessen Restitution erst nach dem Tode des Fiduciars erfolgen soll, enthält die Bedingung, wenn der Fideicommissar den Tod des erstern erleben wird. Ehe diese Bedingung existirt, kann der Fideicommissar die Fideicommißerbschaft weder als ihm wirklich angefallen ansehen, noch einiges Recht auf seine Erben transmittiren. Folgende Gesetzstellen bestätigen dieses deutlich. **Pomponius** *lib. 3. ad Quintum Mucium* [59]): Dies incertus est, cum ita scribitur: *Heres meus, cum morietur, decem dato.* Nam diem incertum mors habet eius: et ideo, si legatarius ante decesserit, ad heredem eius legatum non transit: quia non cessit dies vivo eo, quamvis certum fuerit moriturum heredem. Ein gleiches sagt **Papinian** *lib. 1. Definitionum* [60]): Heres meus, *cum ipse morietur*, centum Titio dato, legatum sub conditione relictum est. Quamvis enim heredem moriturum certum sit; tamen incertum est, an legatario vivo dies legati non cedat, et non est certum, ad eum legatum perventurum. Eben so **Ulpian** [61]) *lib. 19. ad Sabinum:* Si, *cum heres morietur*, legetur, conditionale legatum est. Denique vivo herede defunctus legatarius ad heredem non transfert.

§. 14.

59) L. 1. §. 2. D. de condit. et demonstrat.

60) L. 79. §. 1. D. eodem.

61) L. 4. pr. D. Quando dies legatorum vel fideicomm. cedat.

§. 14.

Nach den bisher vorgetragenen Grundsätzen wurde bey unserer Facultät folgender Rechtsfall entschieden. Der ehemalige Pfarrer Heinrich Gottfried Zinn zu Markt Schwand hatte mit seiner Ehehälfte Sabina Dorothea ein reciproques Testament im Jahr 1751 errichtet, und solches beym Hochfürstl. Kastenamte zu Schwabach verwahrlich hinterlegt. Inhalts desselben soll der überlebende Ehegatte in dem völligen Besitze und Genuße des gesamten Vermögens auf Lebenslang verbleiben, und Niemand das Allermindeste daran zu prätendiren haben, ausser daß man des Abgelebten nächsten Anverwandten von des Vermögens Beschaffenheit eine beyläufige Nachricht zu ertheilen hätte, nur damit aller ungegründete Verdacht einer Vervortheilung gehoben bleiben möchte. Wenn aber der überbleibende Ehegenoß über kurz oder lang ebenfalls mit Tode abgehen würde, so soll sodann das sämmtliche Vermögen beyder Ehegatten, nach Abzug der etwa vorhanden seyn mögenden Schulden und dann der Vermächtnisse, unter der Testirer im Leben seyende leibliche Geschwister oder deren Kinder in die Stämme, mithin beyderley Freundschaften, in zwey gleiche Theile dergestalt vertheilet werden, daß die Halbscheide davon sodann wiederum unter des Mannes und der Frauen leibliche Geschwister, und deren Kinder, in aequales partes, wie die Worte des Testaments §. 3. lauten, ausgeschlagen werden

 sollen.

sollen. Unter den Vermächtnissen war eins von 1500 fl. merkwürdig, welches der Zinnischen Linie, die sich in fünf Branchen, nämlich die Dechant Rothische, Stadtvoigt Krausische, Kastner Kressische, Verwalter Bernholdische und Kammerrath Zinnische theilt, als ein Prälegat war ausgesetzt worden. Im Jahr 1756 starb der Pfarrer Zinn. Desselben Witwe, die ihm erst, im 92sten Jahre ihres Alters, 1788 nachfolgte, hat bey ihrem Leben noch verschiedene Codicille gemacht. Nach ihrem Tode entstand nun ein doppelter Proceß, der eine über das Successionsrecht unter den Collateralverwandten Zinnischer Seits; der andere zwischen den beyderseitigen Erben der Testirer über die Erbtheilung.

§. 15.

Die Zinnischen Verwandten, welche den Tod der Witwe überlebten, waren eines Theils von dem verstorbenen Pfarrer Zinn Bruder- und Schwester-Kinder, andern Theils nur Geschwister Kindes-Kinder. Ungeachtet nun im Testamente ausdrücklich nur der Zinnischen Geschwister und deren Kinder gedacht worden, so verlangten doch auch die Zinnischen Geschwister-Kindes-Kinder aus einem Transmissionsrechte für Miterben erklärt zu werden. Sie führten an, daß ihre Eltern, als Geschwister-Kinder von dem verstorbenen Pfarrer Zinn, zur Zeit seines Todes noch am Leben gewesen, mithin ihnen

durch

durch den Tod des Testirers ein Erbrecht auf die eine Halbscheid des gesammten Vermögens deferiret worden sey, welches sie auf ihre Descendenten transmittiret hätten. Denn es sey nicht der Erbes-Anfall, (delatio hereditatis) sondern blos die Erbvertheilung bis nach beyder Eheleute Ableben aufgeschoben worden, folglich könne hier von keiner Bedingung die Rede seyn. Der Inhalt des Testaments gebe deutlich zu erkennen, daß nicht sowohl beyde Zinnische Eheleute einander zu Erben eingesetzt, als vielmehr einander blos den Besitz und Nutznießung des gesammten Vermögens auf Lebenszeit hinterlassen haben. Dahingegen hätten die Testirer ihr gesammtes Vermögen in zwey gleiche Theile getheilt, und zu der einen Halbscheid der Ehemann seine nach seinem Tode noch am Leben seyende Geschwister oder deren Kinder, so wie die Ehegattin zu der andern Halbscheid ihre nach ihrem Tode noch am Leben seyende Geschwister und Geschwister Kinder zu Erben ernannt. Ihre Eltern wären also in dem Testamente pure und directe instituirt. Daß wegen nicht eröffneten Testaments die Antretung der Erbschaft beym Leben ihrer Eltern nicht geschehen, könne ihnen nicht präjudiciren, weil auch eine noch nicht angenommene Erbschaft auf die Erben transmittiret werde, wenn der Erbe durch sehr entschuldigende Ursachen an der Antretung der Erbschaft ist verhindert worden [62]. Dieses gesetzliche Transmissionsrecht sey aber im gegen-

62) L. 84. und 86. D. de acquir. vel. omitt. heredit.

wärtigen Falle um so weniger Zweifel unterworfen, da der Testator in seinem Testamente ausdrücklich verordnet habe: daß man des Abgelebten nächsten Anverwandten von des Vermögens Beschaffenheit eine beyläufige Nachricht ertheilen solle, damit aller ungegründete Verdacht einer Vervortheilung gehoben bleiben möchte.

§. 16.

Allein nach den deutlichen Worten des Zinnischen Testaments sind nur allein der Testirer beyderseitige leibliche Geschwister oder deren Kinder, als Fideicommiß-Erben, eingesetzt worden. Der Geschwister Kindes-Kinder ist nirgends im Testamente Erwähnung geschehen. Sie können auch unter den Geschwister-Kindern nicht verstanden werden, da die teutschen Worte Kinder und Kindes-Kinder von einander ganz unterschieden sind, und unter der erstern Benennung, besonders wenn von Fideicommissen die Rede ist, nur descendentes primi gradus, aber keineswegs ulteriorum graduum verstanden werden [63]). Es kommt mithin alles darauf an, ob durch den Tod des Pfarrers

63) REINHARTH ad Christinaeum Vol. III. Obs. 31. pag. 45. und Vol. IV. Obs. 26. pag. 25. GRUPEN Disceptat. Forens. pag. 458. u. 493. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 4. Fratr. BECMANNORUM Consil. et Decis. Part. I. Resp. 2. n. 20. pag. 70. Pütter in den Rechtsfällen I. Bandes 2ter Theil Resp. LIII. n. 43. u. folgg. G. L. BOEHMER Diss. de liberis fideicommisso oneratis. §. 15.

rers Zinn, und also schon beym Leben der Fiduciariae, den damals noch am Leben gewesenen Zinnischen Geschwister Kindern die Erbschaft des Testirers zur Halbscheid dergestalt angefallen sey, daß sie dieselbe, auch ohne weitere Anerkennung, nach ihrem, wenn gleich noch vor der Fiduciariae Ableben, erfolgten Tode wieder auf ihre Erben, als die in den Acten benannte Geschwister Kindes-Kinder des Testirers, hätten transmittiren können? Dieses ist aber darum billig zu verneinen, weil das in dem Zinnischen testamento reciproco enthaltene Fideicommiß unstreitig für ein bedingtes zu halten ist, da solches eher nicht, als nach dem Tode des überlebenden Zinnischen Ehegatten, unter die sodann noch am Leben seyende Geschwister der Testirer, oder derselben Kinder, vertheilt werden soll. Denn der Sterbetag des Erben ist eine ungewisse Zeit für den Fideicommissar, und daher als Bedingung für ihn anzusehen, deren Erfüllung er erleben muß [64]). Verba, *cum heres morietur*, conditionem, scilicet *si honoratus ipsi supervixerit*, continere censentur [65]). Hieraus ergiebt sich nun von selbst, daß die den Zinnischen Geschwistern und Geschwister-Kindern männlicher Seits per modum fideicommissi zur Halbscheid hinterlassene Erbschaft nicht eher, wie ihnen wirk-

64) Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen Kap. 8. §. 584.

65) Frat. BECMANNORUM Consil. et Decis. P. I. Consil. XLIV. Quaest. 6. n. 31.

wirklich angefallen, und daher quoad ius in personam iam acquisitum für transmissibel angesehen werden könne, als bis und insoferne dieselben den Tod der Witwe des Testirers wirklich erlebt haben, und daher in Ansehung derjenigen Geschwister Kinder, welche vorher mit Tode abgegangen, der bis auf den Todesfall der Witwe suspendirte Erbesanfall nothwendig wegfallen müsse, folglich auch von denselben, wenn sie gleich den Todestag des Testirers erlebt haben, dennoch aus den angeführten Gründen kein Erbrecht auf ihre Nachkommen, nämlich des Testirers Geschwister Enkel, habe transmittiret werden können.

§. 17.

Was nun dagegen von den Zinnischen Geschwister Kindes Kindern zur Begründung eines von ihren Eltern auf sie transferirten Erbrechts angeführt worden, ist freylich von der Beschaffenheit nicht, daß es bey Entscheidung der Sache ein Uebergewicht geben könnte. Sie behaupten nämlich, daß der überlebende Zinnische Ehegatte nicht als wahrer Erbe anzusehen, weil ihm nur der Nießbrauch des Vermögens hinterlassen worden sey, mithin vielmehr ihre Eltern, als Zinnische Geschwister Kinder, zu directen Erben im Testamente ernannt worden wären. Allein nicht zu gedenken, daß auch im Nießbrauche eine wahre Erbeinsetzung geschehen könne, wenn dem im Nießbrauche eingesetzten Erben ein anderer Erbe zugegeben ist, der die übrige Erb-

schaft

schaft haben soll [66]); so konnte im gegenwärtigen Falle nach der Absicht der Testirer, ihr Vermögen zu einer Fideicommiß-Erbschaft für ihre beyderseitigen Geschwister und Geschwister Kinder zu bestimmen, dem überlebenden Ehegatten nur der Nießbrauch zu seiner Disposition hinterlassen werden. Daraus folgt aber nicht, daß deßwegen die Testirer nicht einander selbst, sondern nur ihre Geschwister und derselben Kinder zu directen Erben eingesetzt haben. Doch wir wollen den Fall annehmen, die letztern wären als directe Erben instituirt; so würde doch ohne allem Zweifel auch diese Erbeinsetzung nur eine bedingte seyn, weil sie erst nach dem Tode der überlebenden Zinnischen Ehegatten die Erbschaft haben, bey Lebzeiten desselben aber auch nicht das Allermindeste daran prätendiren sollten, wie die ausdrücklichen Worte des Testaments lauten. Es hätten also die erst nach dem Tode des zuletzt verstorbenen Zinnischen Ehegatten gerufene Zinnischen Geschwister Kinder den Tod desselben erlebt haben müssen, wenn sie ein Erbrecht erwerben, und auf ihre Descendenten, die Zinnischen Geschwister Kindes-Kinder, hätten transmittiren wollen. Denn dieß ist die Bedingung, un-

66) L. 4. D. de usu et usufr. et habit. S. Hennemanns Untersuchung der Rechtsfrage: Was Rechtens sey in dem Falle, da ein Erblasser jemand im Genießbrauch zum Erben einsetzt, zugleich aber verordnet, daß nach dessen Tode ein anderer sein (des Testirers) Erbe seyn solle? Schwerin und Wismar 1790. 8. §. 5. S. 46. ff.

unter welcher sie eingesetzt worden sind, weil der Todestag, wie schon oben gedacht worden, ein ungewisser Tag ist[67]). Hiermit fällt nun auch zugleich die Behauptung der Zinnischen Geschwister-Enkel, daß nicht der Erbes-Anfall, sondern blos die Erbschaftsvertheilung bis nach beyder Eheleute Ableben aufgeschoben worden sey, um so mehr dahin, da die Absicht des Erblassers, eine ungewisse Zeit bloß zur Ablieferung beyzufügen, nicht aber das Recht des Fideicommissars selbst dadurch aufzuschieben, ohnedem im Zweifel nicht zu vermuthen ist, sondern ordentlicher weise das Fideicommiß hinweg fällt, wenn nicht der Fideicommissar die bestimmte Zeit erlebt[68]); auch keine solche besondere Umstände im gegenwärtigen Falle vorhanden sind, woraus deutlich zu ersehen wäre, daß der Erblasser ein anderes gewollt habe.

§. 18.

Das zweyte Argument, welches dieselben aus den Worten des Testaments: jedoch, daß man des Abgelebten nächsten Anverwandten von des Vermögens Beschaffenheit eine beiläufige Nachricht zu ertheilen hätte, nur damit aller ungegründete Verdacht einer Vervortheilung gehoben bleiben möchte" — hernehmen, ist für sie weniger vor-

67) Eben so urtheilt Hennemann in der angef. Schrift §. 6. S. 47.

68) Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen. Kap. XV. §. 912. S. 651.

vortheilhaft, wenn sie auch gleich demselben die mehreste Stärcke zuzutrauen scheinen. Denn jene Worte können, in Verbindung mit den vorhergehenden, nur darauf gehen, daß, wenn sonst bey Fideicommissen dem Fiduciarerben die Verbindlichkeit, ein Inventarium von der Erbschaft zu verfertigen, und wegen der pflichtmässigen Restitution des Fideicommisses einen hinreichenden Vorstand zu bestellen [69]), um so mehr obliegt, je mehr dem Fideicommissar daran gelegen ist, von der Qualität und Quantität der ihm zu restituirenden Güter versichert zu werden, damit nichts zu seinem Nachtheile davon veräussert werde [70]), der überlebende Ehegatte dennoch mit dieser Verbindlichkeit gänzlich verschonet bleiben [71]), und genug seyn solle, wenn derselbe des zuerst Verstorbenen nächsten Anverwandten von des Vermögens Beschaffenheit allenfalls, zur Vermeidung alles Verdachts einer Vervortheilung, eine beliebige Nachricht ertheilen wolle. Hieraus aber läßt sich eine schon gleich nach dem Tode des Pfarrers Zinn ge-

69) L. 1. §. 1. und L. 14. pr. D. ut legator. vel fideicommissor. servandor. caus. caveatur.

70) CARPZOV Part. III. Constit. VIII. def. 39. n. 2. und besonders Fratr. BECMANNORUM Consilia et Decis. P. I. Consil. XLIV. n. 25 et 26. pag. 514.

71) Diese Erlaubniß, dem Fiduciar-Erben die Caution zu erlassen, ertheilte den Erblassern eine Constitution des Divus Marcus. L. 72. §. 3. D. de condit. et demonstrat. S. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen. Kap. XVIII. Sect. 7. §. 1714. S. 1174.

geschehene Devolution der Erbschaft auf desselben damals lebende nächste Anverwandte, und weitere Transmission derselben auf dieser ihre Erben um so weniger folgern, je weniger dieselbe nach den oben angeführten Rechtsgrundsätzen bey bedingten Fideicommissen, zu welchen die Gesetze auch die auf den Todesfall des Erben hinausgesetzte rechnen, vor der Erfüllung der Bedingung geschehen kann.

§. 19.

Ich komme auf die zweyte Haupt-Streitfrage in der Zinnischen Erbschafts-Sache. Diese war, **auf welche Weise die Erbvertheilung zwischen den beyderley Miterben der Pfarrer-Zinnischen Eheleute vorzunehmen, und nach welchem Betrage die Vermögensmaße zu berechnen sey?** Es verstand sich von selbst, daß von der gesammten Erbmaße nur allein diejenigen Vermächtnisse vorerst abgezogen werden konnten, welche in dem testamento reciproco sowohl als in einem demselben noch nachher beygefügten Codicille vom 20. September 1735 gemeinschaftlich von beyden Zinnischen Eheleuten angeordnet worden. Allein wer sollte diejenigen Vermächtnisse entrichten, welche die Fiduciar-Erbin während ihres Witwenstandes einseitig in verschiedenen Codicillen verordnet hatte? Billig und den Rechten nach kein anderer, als die Verwandten ihrer Seits. Denn ein testamentum reciprocum zweyer

Ehe-

Ehegatten, wenn es gleich in einer Schrift errichtet worden, enthält dennoch natürlich zwey ganz verschiedene Testamente, cum duae sint personae testantes, et duae hereditates [72]: Es stand daher dem überlebenden Ehegatten zwar die Freyheit zu, sein in diesem testamento reciproco errichtetes Testament, als einen bloßen letzten Willen, der kein verbindliches acceptirtes Versprechen enthält [73], nach Belieben zu ändern, und über seine Halbscheid oder Vermögen anderweite Verordnungen zu machen [74], cum ambulatoria voluntas defuncti sit, usque ad supremum vitae exitum [75]. Diese Befugniß konnte auch im gegenwärtigen Falle von Seiten der zuletzt verstorbenen Fr. Pfarrer Zinnin um so weniger bezweifelt werden, da die testirenden Eheleute schon in ihrem testamento reciproco die Freyheit, ihren letzten Willen nach Gefallen zu ändern, sich ausdrücklich vorbehalten hatten. Allein da das Testament des zuerst verstorbenen Pfarrers Zinn durch den Tod desselben dergestalt bestätiget wurde, daß dasselbe zum Nachtheil seiner Erben und Verwandten in An-

72) STRUV in Syntagm. iur. civ Exercit. XXXII. Thes. 43. Pütters Rechtsfälle III Bandes 1ster Theil Resp. CCLVI. n. 12. sqq. S. 192. folgg. Fratr. BECMANNORUM Consil. et Decis. P. II. Consil. LXXXIV. n. 6.

73) L. 21. §. fin D. qui testam. fac. possunt.

74) LEYSER in Meditat ad Pandect. Vol. VI. Specim. CCCLIX. meditat. 3. 4. 5. 6.

75) L. 4. D. de adim. et transfer. legat.

Ansehung der ihnen daraus zustehenden Halbscheid des Vermögens von dem Ueberlebenden nicht weiter geändert werden konnte [76]), so war die Fr. Witwe Zinnin nicht befugt, diese, den Verwandten männlicher Seits, als ein Fideicommiß, hinterlassene Hälfte des Zinnischen Vermögens mit Vermächtnissen zu beschweren. Daher auch nur allein die Erben der Fr. Pfarrer Zinnin alle die von ihr nach ihres Mannes Tode verordnete Vermächtnisse sich an ihrer Halbscheid billig abziehen lassen müssen.

§. 20.

Es wurde demnach erkannt: daß Kläger, als des verstorbenen Pfarrers Zinn Geschwister Enkel, in Gemäßheit des Nr. 46 Actor. befindlichen Testamenti reciproci und der gemeinen Rechte, als Miterben zur Hälfte des gesammten Nachlasses der Pfarrer Zinnischen Eheleute, nicht zuzulassen, sondern davon auszuschliessen. Soviel jedoch die vorzunehmende Erbtheilung selbst anlangt, so sind von der gesammten Erbmasse nur allein diejenigen Vermächtnisse zu berechnen, die von beyden Pfarrer Zinnischen Ehegatten gemeinschaftlich sowohl in dem testamento reciproco, als in dem demselben annoch beygefügten Codicill, angeordnet worden, und nach deren Abzug die den Zinnischen Erben männlicher Linie gebührende Halbscheid des

76) Pütter a. a. O. n. 15. de BEHMER in novo iur. controv. Tom. I. Obs. 35. n. III. pag. 266.

des gesammten Nachlasses unter die Cammerrath Zinnischen Relicten, denn die verwittibte Frau Kastner Zinnin zu Mainbernheim, und die verwittibte Frau Pfarrerin Schettlein zu Culmbach, als die noch am Leben seyende Geschwister Kinder des verstorbenen Pfarrer Zinns, und zwar vermöge der unter sich dießfalls getroffenen Vereinigung Nr. 126. Actor., nach den Häuptern zu vertheilen; dahingegen diejenigen Vermächtnisse und Schenkungen, welche die seel. Pfarrer Zinnin noch nach ihres Ehemanns Tode einseitig und allein gemacht hat, sich nur allein die Erben derselben an ihrer Halbscheid abziehen zu lassen schuldig sind. Im übrigen werden die Kosten dieses Rechtsstreits billig gegen einander aufgehoben. V. R. W.

IX.

Rechtliches Gutachten, welches durch einen über ein Codicill des letzten Herrn Grafens von Hanau, Johann Reinhard, und das darinn enthaltene Vermächtniß entstandenen wichtigen Proceß veranlaßt worden ist, und vorzüglich die Erklärung dieses Legats und der zu dessen Auszahlung geschehenen Anweisung, ob sie taxative, oder demonstrative zu verstehen sey, betrift.

§. 1.

Dieser Herr Graf errichtete am 30. April 1729 folgendes Codicill.

„Wir Johann Reinhard Graf zu Hanau ꝛc. Urkunden und bekennen hiemit; Demnach der durchlauchtigen Fürstin und Frauen, Frauen Charlotten Wilhelminen, gebohrnen Herzogin zu Sachsen ꝛc. verwittibten Gräfin zu Hanau ꝛc. Gndl. eine ausnehmende Affection, Zuneigung und Freundschaft, gegen Uns und die Unsrige, in allen Vorfallenheiten jederzeit verspühren lassen, und daher Unsere Erkenntlichkeit, derselben zu bezeugen, Uns billig angelegen ist, daß Wir solchemnach Uns wohlbedächtlich entschlossen haben, wollen auch und verordnen hiemit und in Kraft dieses, daß nach Unsern in Gottes Händen stehenden

den tödtlichen Hintritt, Hochgedacht deroselben, nebst dem von Unsers Hochseel. Herrn Bruders Lbdn. Ihro verordneten, von Uns nachher vermehrten, und durch die, zwischen den beyden Fürstl. Häusern Hessen-Cassel und Hessen-Darmstadt und Unserm Gräfl. Hause errichtete Verträge vestgestellten Wittum alljährlich noch Fünfzehn Hundert Gulden, Reichswährung aus Unsern zurücklassenden Renthen des Amts Bobenhausen von Unsern instituirten Erben richtig beliefert und diese 1500 fl. von Ihro Gnaden, als ein von Uns gestiftetes Legat und geringes Andenken, in so lange genoßen werden sollen, als Dieselben in dem Wittwenstande verbleiben werden rc."

Nach des Herrn Grafens im Jahr 1736 erfolgtem Tode hat der damalige Herr Erbprinz und nachher regierende Landgraf zu Hessen-Darmstadt, als Erbe der Grafschaft Hanau-Lichtenberg sowohl, als der sämmtlichen Mobiliarschaft des Herrn Testators, nach vorhergegangener Testamentseröffnung, die Erbschaft und zwar, ohne sich der Wohlthat des Inventariums zu bedienen, angetreten. Er ist aber bald darauf mit dem Hochfürstl. Hause Hessen-Cassel wegen des Amts Bobenhausen in Streit gekommen, indem dasselbe dieses Amt, als eine Pertinenz der Grafschaft Hanau-Münzenberg in Anspruch genommen, und sich in den Besitz dessen beträchtlichsten Theils dergestalt gesetzt hat, daß dem damaligen Herrn Erbprinzen hievon nichts mehr,

als die drey Flecken Schafheim, Schlierbach und Dietzenbach übrig geblieben sind. Nun ist zwar durch ein Erkenntniß des K. R. Kammergerichts das Amt Bobenhausen für eine Pertinenz der Grafschaft Hanau-Lichtenberg erklärt, und des Herrn Erbprinzen H. D. zugesprochen worden. Allein das Hochfürstl. Haus Hessen-Cassel hat dagegen den Recurs an den Reichstag ergriffen, und die Sache ist an die Austräge verwiesen worden. Endlich wurde im Jahr 1762 zwischen beyden Hochfürstl. Hessischen Häusern ein Parificationsvergleich errichtet, nach welchem das Amt Bobenhausen zu gleichen Theilen getheilt, und unter andern im §. 25. des Vergleichs bedungen worden ist:

„Da auch bey dieser Gelegenheit der von dem Hochseel. Herrn Grafen zu Hanau vermachten verschiedenen Legaten Anregung geschehen, und auf deren nunmehrige Abführung angetragen worden; so hat man dagegen Lichtenbergischer Seits die Berichtigung dieser Legaten, in quantum iuris, binnen einem Jahr a dato des Vergleichs versprochen, womit man auch von Seiten Hanau-Münzenberg zufrieden zu seyn hiemit bezeuget."

§. 2.

Die verwittibte Frau Fürstin von Hanau hatte indessen bereits unterm 29. Oct. 1737 von dem Herrn Testamentserben die Entrichtung des Legats der jährlichen 1500 fl. verlangt, darauf aber zur Antwort bekom-

kommen: „wie man nicht ermangeln würde, den Willen des Hochseel. Testators auch in diesem Punct zu erfüllen, gleichwie man solchen in all übrigen Stücken sich zur Regel und Richtschnur dienen lassen, wenn nicht ermeldes Legat aus den Renthen des Amts Bobenhausen bezahlt werden sollte, dieses aber größtentheils in Hessencasselischen Händen wäre, und mithin dem Herrn Testamentserben nicht verdacht werden könnte, daß er sich noch zur Zeit zu dessen Abführung einen Anstand nehme." Dagegen waren nun alle gemachte und insonderheit von dem Inhalte des mit Hessencassel getroffenen Vergleichs, hergenommene Vorstellungen fruchtlos, und endlich ist die Frau Fürstin im Jahr 1767. darüber verstorben. In ihrem Testamente hatte sie die sämmtlichen Hochfürstl. Sachsen-Coburgischen Geschwister zu Erben eingesetzt, welche denn auch, ausser des regierenden Herrn Herzogs H. D., als welcher von seinem Antheil abgestanden, die Erbschaft mit der Wohlthat des Inventariums angetreten haben. Weil sie, wegen des gedachten Hanauischen Legats, ebenfalls in Güte nichts erhalten konnten, so wurde bey dem K. R. Kammergericht im Jahr 1770. Klage erhoben und die Bitte dahin gerichtet, daß des Hrn. Bekl. Durchl. in die Bezahlung der schon seit dem J. 1736. immer mehr aufgeschwollenen liquiden und eingestandenen Legatenforderung, sammt den reichsgesetzmäßigen Verzugs-Zinnsen (welches beydes zusammen nach einer in Acten liegenden Berechnung bis zum

Jahr 1772. die Summe von 101718 fl. betragen) und aller übrigen Kosten verurtheilt werden möchte. Die Gründe der Klage wurden darin gesetzt, weil I) der Hr. Bekl. die Richtig- und Gültigkeit des Vermächtnisses selbst nie mißkannt, vielmehr anerkannt habe; II) die Erbschaft, ohne sich der Wohlthat des Inventariums zu bedienen, angetreten, auch die übrigen Stücke des Testaments, seinem eigenen Geständniß nach, erfüllt habe; III) die in dem Codicill befindlichen Worte, aus den Renthen des Amts Bobenhausen offenbar und aller rechtlichen Vermuthung nach nicht taxative, vielmehr demonstrative zu nehmen seyn, besonders da das Vermächtniß eine Vermehrung des Wittums mithin Alimenten betreffe, wobey stetshin eine günstigere Auslegung Platz greife; IV) eben diese Worte auch ohne Zweifel eine Hypotheck in sich enthielten; V) Hr. Bekl. einen weit beträchtlichern Theil an den Renthen des Amts Bobenhausen bezogen, als das Vermächtniß jährlich betragen hat, endlich VI) die Abführung dieses Legats von dem Gegentheil in dem Receß vom Jahr 1762. selbst neuerlich anerkannt und zugesichert worden wäre.

§. 3.

Dagegen wurden nun hauptsächlich folgende Einwendungen gemacht: a) Daß das gegenwärtige Legat keineswegs ein zu jährlichen Alimenten und Vermehrung des Wittums hinterlassenes, sondern ein gemei-

nes

nes bedingtes Vermächtniß sey. b) Der Hr. Bekl. sey dieses Vermächtniß um deswillen zu entrichten nicht schuldig, weil er den, nach dem angehängten Ausdruck, aus unsern zurücklassenden Renthen des Amts Bobenhausen hierzu angewiesenen fundum nicht, sondern nur den allergeringsten Theil desselben überkommen habe. c) Der neuerliche über Bobenhausen errichtete Vergleich verbinde ihn gleichfalls zu nichts, weil darin das Versprechen, die Hanauischen Legate zu entrichten, ausdrücklich nur in quantum iuris geschehen sey. Endlich d) die Frau Fürstin wäre durch die von dem Herrn Landgrafen Willhelm zu Hessencassel, als ehemaligen Besitzer des größten Theils des Amts Bobenhausen und dessen Einkünften jährlich erhaltene 2000 fl. ohnehin überzahlt, und dadurch die Absicht des Hrn. Testators überflüßig erfüllt worden, folglich stünde deren Erben schlechterdings kein Klagrecht mehr zu. Der Anwald des Hrn. Bekl. brachte in der Folge noch zwey rechtliche Gutachten von Tübingen und Göttingen zu den Acten, davon ersteres ihm gänzlich und das andere auch größtentheils beyfällig ausgefallen war. Es ist aber billig zu bemerken, daß die in beyden Gutachten vorgekommene Abschriften des Gräfl. Hanauischen Codicills, mit derjenigen nicht durchaus übereinstimmten, welche in den Acten, die ich in Händen hatte, befindlich war, und besonders in jenen die wichtige Stelle von den Worten nebst dem von Unser &c. bis alljährlich noch weggelassen

war. Im Jahr 1774. ließ die damals regierende nun verstorbene Frau Marggräfin von Anspach und Bayreuth H. D., als Mitklägerin ebenfalls ein Rechtsgutachten von hier über folgende Fragen einholen.

§. 4.

Erstlich, ob das vorliegende Vermächtniß für ein solches, wodurch der Frau Fürstin ein besserer Unterhalt im Wittwenstande verschaft und ihr Wittum vermehrt werden sollen, mithin für ein Legat jährlicher Alimenten zu halten sey? Der Hr. Beklagte behauptete, daß aus dem Codicill eine solche Absicht nicht, sondern nur soviel abzunehmen wäre, daß der Testator durch dieses Vermächtniß der Frau Fürstin seine Erkenntlichkeit habe bezeugen, und ihr die jährliche 1500 fl. als ein bloßes Legat und Andenken vermachen wollen. Daraus, daß sie dieses Andenken so lang geniessen soll, als sie in dem Wittwenstande verbleiben würde, folge weiter nichts, als daß damit die Dauer desselben bestimmt worden wäre. Hiernächst sey ein unter der Bedingung des Wittwenstandes hinterlassenes Legat lediglich nach der Eigenschaft bedingter Vermächtnisse zu betrachten [1]). Daß der Testator durch das gestiftete Legat den Wittum habe vermehren wollen, sey hauptsächlich darum nicht zu vermuthen, weil er solchen nach dem Tode seines Herrn Bruders, ohne alle Schuldigkeit, bereits so erhöhet habe, als zu seiner Frau Schwä-

1) L. 1. C. de indicta viduitate.

Schwägerin Unterhalt erforderlich war. Er würde auch, wenn er eine weitere Vermehrung hätte vornehmen wollen, solche nicht erst bis auf den Fall seines Todes ausgesetzt haben. Eine fernere Wittumsvermehrung habe überdies von demselben gar nicht einseitig geschehen können, sondern die Agnaten hätten consentiren müssen, an deren Einwilligung es aber fehle. Ausserdem wäre auch kein Vermuthungsgrund vorhanden, daß der Testator ein Vermächtniß zu Alimenten habe machen wollen, weil ein solches Legat nur alsdann angenommen werden könne, wenn entweder Alimenten selbst vermacht, oder das Legat zu dieser Absicht bestimmt worden ist [2]), nun aber keines von beyden in dem Codicill geschehen sey.

§. 5.

Allein der Verstorbene hat durch die deutlichen Worte des Codicills: **Wir wollen und verordnen hiermit und in kraft dieses, daß nach Unserm — tödlichen Hintritt, der verwittibten Frau Fürstin von Hanau nebst dem Ihro verordneten und vestgestellten Wittum alljährlich noch 1500 fl. — von unserm instituirten Herrn Erben richtig beliefert und diese 1500 fl. von Ihro Gnaden — in so lang genossen werden sollen, als dieselben in dem Wittwenstande verbleiben werden,** seine Absicht durch dieses Vermächtniß seiner Frau Schwägerin eine bessere Subsistenz im Wittwenstande zu verschaf-

2) L. 1. et 4. §. 1. L. 8. et 22. §. 1. ff. de alimentis legatis.

schaffen und eben dadurch ihren Wittum zu vermehren, überzeugend genug zu erkennen gegeben. Da er durch das Wort nebst die Legatengelder mit dem festgestellten Wittum verbunden und ausdrücklich gesagt hat, daß die Frau Fürstin nebst dem Wittum, d. i. zugleich mit demselben, noch jährlich 1500 fl. bekommen soll, so können diese Ausdrücke nicht anders als so erklärt werden, daß sie außerdem, was ihr bereits zum Wittum festgestellt worden, noch weiter 1500 fl. als eine Zulage des Wittums erhalten soll. Hätte der Testator diese Absicht nicht gehabt, so wäre es nicht nöthig gewesen, des Wittums zu erwähnen, vielweniger solchen mit dem Legat zu verbinden. Hierzu kommt, daß die jährliche Bezahlung der 1500 fl. nur so lange dauern soll, als die Frau Wittwe in dem Wittwenstande bleiben wird. Hieraus ergiebt sich abermals die Absicht des Testators, ihr in dem Wittwenstande eine bessere Subsistenz zu verschaffen, und nicht blos allein die Dauer des Legats zu bestimmen. Da er nun seine auf die Vermehrung des Wittums gerichtete Absicht so deutlich zu erkennen gegeben, so konnte nichts hindern, daß in dem Codicill nicht buchstäblich gesagt worden ist, daß mit den 1500 fl. der Wittum vermehrt werden soll, sondern der Testator nur die Bezeugung seiner Erkenntlichkeit und die Stiftung eines geringen Andenkens zum Beweggrund angegeben hat. Eben so wenig konnte im Wege stehen, daß der Wittum der Frau Fürstin schon so ansehnlich soll erhöht

höht worden seyn, als zu ihrem standesmäßigen Unterhalt erforderlich war. Denn dieses konnte doch dem Herrn Testator die Hände nicht binden, eine fernere Erhöhung vorzunehmen, und, da er dieses wirklich gethan hat, so war die Frage, ob diese Absicht von ihm zu vermuthen sey, sehr überflüßig. Auch war die Frau Wittwe einer weitern Vermehrung ihres Wittwengehalts wohl bedürftig, indem sie mit dem ihr vorhin ausgesetzten und nach dem Tode ihres Gemahls von ihrem Herrn Schwager, erhöhten, doch nicht hat auslangen können, sondern Schulden zu machen genöthiget war. Die Einwendung, daß der Hr. Testator, wenn er eine weitere Vermehrung des Wittums hätte vornehmen wollen, solche nicht erst, bis nach seinem Tode ausgesetzt haben würde, fällt von selbst weg, weil es ihm unstreitig frey stand, auf welche Weise er die Vermehrung hat machen wollen, und daraus, daß er sie bey seinen Lebzeiten nicht gemacht hat, nicht folgt, daß er sie auch in seinem letzten Willen nicht habe machen wollen. Die Einrede, daß die Vermehrung, ohne der Agnaten Einwilligung, nicht hätte geschehen dürfen, konnte dem Hrn. Bekl. darum nicht zu statten kommen, weil er nicht ein bloßer Nachfolger in altväterliche Lehen und Stammgüter war. Es verdiente nicht nur der Umstand, daß der Testator sein mütterlicher Großvater war, Rücksicht [3]), sondern er ist

3) Mosers Familien-Staatsr. I. Th. 11. Kap. §. 16. v. Selchows elementa iur. publ. s. ius privatum principum §. 537.

ist auch des Verstorbenen Testaments- und Universalerbe in dem eigenen und Mobiliarvermögen geworden, und da er die Erbschaft, ohne sich der Wohlthat des Inventariums zu bedienen, angetreten hat, so war er des Testators Willensmeinung zu erfüllen gehalten [4]). Ueberhaupt war diese Einrede um so ungegründeter, als der Hr. Bekl. in den ganzen Ackten niemals widersprochen, vielmehr zugestanden hat, daß der Testator, ohne Consens seiner Agnaten der Frau Fürstin das jährliche Legat zur Erkenntlichkeit habe verschaffen können, folglich nicht abzusehen war, warum derselbe nicht eben so gut das nämliche Legat zum bessern Unterhalt im Wittwenstande, ohne agnatischen Consens zu vermachen, sollte im Stande gewesen seyn. Uebrigens sind Vermächtnisse zum Unterhalt im Wittwenstande, als Legate zu Alimenten allerdings anzusehen. Abgaben, welche der Erbe nach dem Willen des Testators dem Legatar zu bestimmten Zeiten zu entrichten hat, pflegen ohnehin ordentlicher Weise zum Lebensunterhalt vermacht zu werden [5]). Sodann tritt bekanntlich der Wittum an die Stelle der Alimenten, und ist nichts anders, als ein Lebensunterhalt, der einer Frau nach dem Tode ihres Mannes ausgesetzt wird [6]). Ein Ver-

4) Pütters primae lineae iuris priv. princip. §. 66. Struvs Syntagma iur. feud Cap. 7. §. 9. Reinharths Obs. ad Christ. Vol. I. Obs 52 num. 4.

5) Schilters praxis iur. roman. Exerc. 39. §. 63.

6) v. Lynckers Consil et Resp. Vol. I. Resp. 172. num. 4. Estor de dotalitio propter secundas nuptias cessante §. 19.

Vermächtniß also, welches auf bessere Subsistenz im Wittwenstande und auf Vermehrung des Wittums abzweckt, gehört unter die Legaten der Alimenten. Mithin konnte die erste Frage nicht anders als bejahend beantwortet werden.

§. 6.

Die zweyte Frage war nun diese: Ob die in dem Codicill vorkommenden Worte, aus Unsern zurücklassenden Renthen des Amts Bobenhausen taxative, oder demonstrative zu verstehen seyn? Die erste Erklärung schien aus verschiedenen Gründen die richtige zu seyn. Der fundus, woraus die jährliche Abgabe entrichtet werden sollte, war deutlich bestimmt, und desfalls kein anderer Theil der Nachlassenschaft, als blos die Renthen des Amts Bobenhausen, von dem Testator angewiesen, somit schien es, daß eben dadurch das Vermächtniß auf diese Renthen taxative eingeschränkt worden sey. Mit dieser Auslegung stimmen auch verschiedene in dem römischen Gesetzbuche [7]) vorkommende Entscheidungen ähnlicher Fälle überein. Da auch die Worte, zurücklassende Renthen des Amts Bobenhausen, aus welchen das Legat berichtiget werden soll, die stillschweigende Bedingung voraussetzen, wenn der Erbe diese Renthen bekommen wird, so konnte man eben aus dieser Bedingung schliessen,

7) Z. B. L. 26. pr. ff. quando dies legat. L. 5. de tritico, vino vel oleo legato. L. 34. §. 2. de Legat. 3.

sen, daß die Renthen dieses Amts taxative benannt worden seyn, weil die Worte, quod natum erit, vim taxationis haben [8]). Weil ferner eben diese Worte unmittelbar nach der Bestimmung der 1500 fl. noch vor der Benennung des Erben folgen, und in der nämlichen Periode, in einem Context, in directen und disponirenden und nicht blos declarirenden und beyspielsweise gebrauchten Worten stehen, so ließ sich auch daraus die Folge ziehen, daß der Testator nicht die Absicht gehabt habe, den eingesetzten Erben, als Erben aus dem ganzen hinterlassenen Vermögen zu graviren, sondern blos die Renthen des Amts Bobenhausen mit dieser Last zu beladen [9]), zumal die mehrgedachten Worte, wenn sie sollten demonstrative verstanden werden, ganz anders lauten müßten. Man nimmt nämlich zur Regel an, daß wenn das Legat mit dem modo praestandi verbunden worden, letzterer taxationis caussa beygefügt sey; wenn aber das Legat pure vermacht und nachher der modus praestandi, ohne Verbindung mit demselben, bestimmt worden sey, so könne eine bloße Demonstration angenommen werden [10]). Darneben pflegt man [11]) die Be-

8) L. 1. §. 3. ff. de condit. et demonstrat. L. 39. §. 1. de contr. emt. L. 8. §. 2. de Leg. 2.

9) Bergers oeconomia iuris L. II. Tit. 4. Th. 24. not. 10. Struck de cautelis testamentor. Cap. 20. §. 14.

10) Hymmens Beyträge zu der juristischen Litteratur in den preußischen Staaten. Achte Samml. S. 39.

11) MEvius Decis. P. I. Dec. 114. num. 6.

Bestimmung eines gewissen Gegenstandes, woraus das Legat zu entrichten ist, nur alsdann demonstrative zu erklären, wenn die Worte des Testaments eine allgemeine Beziehung auf sämmtliche Grundstücke des Testators haben, woraus seinem Willen nach, alles abgetragen werden soll.

§. 7.

Daß die angeführte Stelle des Codicills zweifelhaft und also einer doppelten Erklärung fähig sey, zeigt der Augenschein, mithin kommt es auf Vermuthungen und darauf an, welche Erklärung dem Sinne und dem Willen des Testators am meisten gemäs sey. Vernunft und Gesetze [12]) lehren, daß man auf den wahren Willen des Testators, wie solcher aus allen vorhandenen Umständen zusammen genommen, zu vermuthen ist, mehr sehen müsse, als auf blosse Worte und Ausdrücke. In Beziehung auf die Zweifelsgründe ist vorerst zu bemerken, wie daraus, daß das Amt Bobenhausen, als der fundus, woraus die jährliche Abgabe entrichtet werden sollte, deutlich bestimmt, und sonst kein anderer Theil der Verlassenschaft angewiesen worden ist, überhaupt nichts folgt. Denn diese deutliche Bestimmung ist immer die nemliche, sie mag nun taxative, oder Beyspielsweise

12) L. 35. §. 3. ff. de hered. instit. L. 12. §. 3. in f. de leg. 3. DONELLI Comment. de iure civili Lib. VIII. Cap. 4. v. Lynckers Resp. Vol. I, Resp. 165. num. 6.

weise zu verstehen seyn. Hiernächst haben die Worte, quod natum erit, nicht allemal vim taxationis, sondern die Umstände müssen ebenfalls entscheiden, ob sie nach dem Willen des Testators diese Würkung haben sollen [13]). Auch ist bereits von bewährten Rechtslehrern [14]) die gemeine Meinung, daß wenn das Vermächtniß und das Gut, woraus solches abgeführt werden soll, in einer Periode vorkommen, solches taxative zu verstehen sey, verworfen, und wie darauf, ob das Gut und die legirte Sache in einem, oder in verschiedenen Sätzen genennt sind, es allein nicht ankomme, gezeigt worden. Die Regel, daß wenn das Legat mit dem modo praestandi verbunden worden, lezterer taxationis causa beygefügt sey, mag übrigens bleiben, wenn es blos auf die Worte ankommt, womit das Legat hinterlassen worden ist, und kein Grund eine andere Absicht des Testators zu vermuthen, vorhanden ist. Alsdann findet auch die Anwendung von den Entscheidungen ähnlicher Fälle in dem römischen Rechte statt. Sie fällt aber hinweg, wenn sich aus dem übrigen Innhalt der Disposition eine ganz andere

13) AVERANII interpretationum iuris L. II. Cap. 27. num. 20. Quotiescunque apparet testatorem voluisse demonstrare haeredi, unde posset commode percipere quantitatem solvendam, tunc adiectio loci, vel fundi conditionem non facit, nec vicem taxationis obtinet. Daß nun dieses in dem gegenwärtigen Falle die Absicht des Testators gewesen sey, zeigt sich aus dem Zusammenhange des Codicills.

14) AVERANIUS l. c. num. 17. Höpfners Commentar über die Instit. §. 561. S. 495. der dritten Aufl.

dere Absicht des Testators ergiebt. In diesem Falle muß der Ausleger von der gewöhnlichen Bedeutung der Worte und Ausdrücke abweichen, und die Erklärung dem Willen des Testators gemäs einrichten [15]). Nun war aus dem vorliegendem Codicill sicher zu vermuthen, daß der Testator die Anweisung des Legats auf die Renthen des Amts Bobenhausen nicht taxative verstanden habe. Es ist ausser Zweifel, daß lezte Willensmeinungen eines theils so erklärt werden müssen, daß die darinn enthaltene Verordnungen nicht fruchtlos werden, andern theils daß man dabey vorzüglich auf die Zuneigung des Testators gegen diejenige Person, welche er hat bedenken wollen, Rücksicht zu nehmen hat [16]). Es würde ungerecht seyn, wenn man die Auslegung einer zweifelhaften Disposition immer zum Vortheil des eingesezten Erben machen wollte. Sie muß vielmehr billig zum Vortheil des Legatars geschehen, besonders wenn ihm Vermuthungen zur Seite stehen [17]), und wenn der Erbe, der doch die ihm von dem Erblasser aufgelegte Verbindlichkeiten erfüllen muß, die Richtigkeit und den Betrag des Legats nicht läugnen kann, sondern nur von der Anweisung, woher die Zahlung geschehen soll, den

15) L. 69. pr. ff. de Leg. 3. L. 27. §. 2. de instructo vel instrumento legato. L. 8. de suppellectile legata.

16) L. 50. §. 3. ff. de Leg. I. L. 12. L. 168. §. 1. de Reg. Jur. Leyßer Meditat. ad Pand. Spec. 395. med. 1 — 4.

17) Strubens rechtliche Bedenken III. Th. 72. Bed. Man vergleiche die Abh. Num. II. von H. Hofr. Glück § 8.

Vorwand nimmt, die Auszahlung zu verweigern [18]. Der Legatar streitet immer über einen Verlust, den er leiden soll, und der Erbe über einen Vortheil, den er zu ziehen sucht [19]. Insbesondere ist die Auslegung zum Vortheil des Legatars alsdann zu machen, wenn er eine dem Testator werthe und von ihm geschäzte Person ist [20]. Dieses war nun hier der Fall. Der Testator rühmte in dem Codicill die ausnehmende Affection, Zuneigung und Freundschaft, welche die verwittibte Frau Fürstin von Hanau gegen ihn und die seinigen in allen Vorfallenheiten jederzeit verspühren lassen. Er hat sich ausdrücklich zur angelegentlichen Pflicht angerechnet, seine Erkenntlichkeit dafür derselben zu bezeugen und ihr ein Andenken zu stiften. Er wollte ihr hauptsächlich eine

18) Quistorp: Ob in dem Falle, da ein Erblasser gewisse Sachen dazu besonders ausgesezt hat, damit davon die Abführung einiger Vermächtnisse geschehen möge, leztere sodann für ungültig zu achten, wenn jene Sachen dazu nicht hinreichend befunden werden sollten? in Desselben Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien I. B. I. Stück Num. XI. S. 149. 150.

19) v. Cramer Observat. iuris univ. Tom. II. Obs. 618. §. 5. atque hic communis Doctorum sententia pro fundamento sumenda est, quae in omnibus et per omnia, quoties inter haeredem et legatarium ex praesumtionibus interpretatio facienda est, pro legatario contra haeredem stare consuevit, partim quia testator, dum potuit, legem apertius non dixit, partim cum legatario de damno vitando certante haeres eo magis de lucro captando agat, quo manifestius in singula testatoris iura succedens singula quoque eius facta praestare teneatur.

20) Herts Resp. et Cons. Tom. I. Resp. 171. num. 8. 9.

eine Vermehrung des Wittwengehalts durch dieses Legat verschaffen, deren sie bedürftig war. Wenn man dieses alles in Erwegung zieht, so ist wohl nicht zu vermuthen, daß er bey seiner so deutlich erklärten grossen Achtung und Liebe gegen die Frau Fürstin und bey der so genau bestimmten Absicht ihr einen bessern Unterhalt im Wittwenstande zu verschaffen, das ihr zugedachte jährliche Legat blos auf einen Theil seiner Verlassenschaft habe begränzen und dergestalt einschränken wollen, daß sie auf den möglichen Fall, wenn sein eingesezter Erbe das Amt Bobenhausen entweder gar nicht, oder nur zum theil bekommen, und die Renthen dieses Amts nicht hinreichen würden, darunter leiden und wohl gar nichts erhalten sollte. Es ist vielmehr anzunehmen, daß seine Absicht allerdings dahin gegangen sey, daß die jährliche 1500 fl. überhaupt aus seiner Verlassenschaft sollten bezahlt werden, und daß er mit den Worten; aus unsern zurücklassenden Renthen des Amts Bobenhausen blos so viel habe anzeigen wollen, daß das Vermächtniß vorzüglich und am bequemsten aus diesen Renthen genommen werden könnte. Unter diesen Umständen konnte man von der Regel Gebrauch machen, daß im Zweifel der zu Abführung eines Legats angewiesene fundus demonstrationis causa zu verstehen sey[21]). Hierzu kommt, daß von einem Vermächtniß zu Alimenten die Rede ist, und also die Begünstigung ein-

 tritt,

21) Schaumburgs annotat. ad Struvii iurispr. forens. Lib. II, Tit. 24, Th. 12. not. r.

tritt, welche die Alimente in den Rechten haben [22]). Vermöge derselben wird vermuthet, daß der Testator mehr auf den Legatar, als den Erben gesehen habe [23]). Bey solchen Vermächtnissen ist also auch im Zweifel der Fundus, aus dessen Einkünften die Alimenten abzuführen sind, demonstrative zu verstehen [24]). Aus diesen Gründen ist nun auch dafür gehalten worden, daß die in der Frage vorkommende Worte des Codicills nicht taxative, sondern demonstrative zu nehmen seyn.

§. 8.

Daferne nun aber die mehrgedachten Worte des Codicills gleichwohl taxative zu verstehen wären, so entsteht die dritte Frage, ob der Herr Beklagte von der Entrichtung des Legats dadurch befreyt worden sey, daß er nach dem Tode des Testators nicht das ganze Amt Bobenhausen in Besitz und dessen sämmtliche Einkünfte zu geniessen bekommen, vielmehr die Ausgaben die Einkünfte seines Antheils an diesem Amte eine Zeitlang überschritten haben? Der Herr Beklagte glaubte, daß er mit der Bezahlung des Legats um deswillen zu verschonen sey, weil er den Fundum, aus dessen Ertrage nach

22) L. 14. §. 1. ff. de aliment. CHRISTINAEus Dec. Vol. I. Dec. 160. num 7.

23) Schilter exerc. 39. §. 64.

24) Brunnemanns Comment. in Pand. ad L. 12. de aliment. num. 3.

nach dem Willen des Testators die jährliche 1500 fl. abgetragen werden sollten, nicht, sondern anfangs nur den allergeringsten Theil desselben inne gehabt, und gegenwärtig blos die Helfte davon besitze. Wenn man nun von der Einnahme seines Antheils die jährlichen Zinsen von darauf haftenden 52000 fl. Schulden, die jährlichen Dienerbesoldungen, Proceß- Regociations- und andere Kosten, ohne welche an keine Einnahme zu gedenken wäre, in Abzug stellte, so bliebe von herrschaftlichen Einkünften nicht nur gar nichts übrig, sondern die Ausgabe übertreffe sogar die Einnahme. In dieser Absicht wurde der Duplik Num 2. eine Bilanz der von 1736 bis 1767. dieses Amts halber gehabten Extrakosten und der binnen dieser Zeit gezogenen Einkünfte beygefügt, woraus sich ergiebt, daß die Extrakosten die Einkünfte mit 138418 fl. 2 pf. überstiegen haben. Man behauptete dahero, daß der Herr Beklagte, weil er das ganze Amt Bobenhausen nicht bekommen, noch dessen Einkünfte auch nur zum theil in seinen Nutzen verwenden können, weder der Frau Fürstin bey ihren Lebzeiten die jährlichen 1500 fl. zu bezahlen verbunden gewesen, noch nunmehro ihren Erben den Rückstand aus den künftigen Einkünften der Helffte des Amts nachzuzahlen, gehalten sey. Es wäre vielmehr dieses Amt in Ansehung seiner gleichsam für nicht mehr existirend zu halten, besonders, weil er nicht für seine Person und als Erbe, sondern als in Rechten vermuthlicher Besitzer des Amts zur Zahlung des Legats verpflichtet gewesen. Diesem wurde noch beyge-

fügt, daß der Testator seinen Erben, wenn er gewust hätte, daß ihm mehr nicht, als ein so geringer Theil des Amtes übrig bleiben würde, blos um einer dritten Person seine Erkenntlichkeit für ihre Affection zu bezeugen, mit einer so grossen Last nicht beladen haben würde, zumal er derselben seine Dankbarkeit durch die ansehnliche Vermehrung ihres Wittums, und auf andere Art ohnehin schon genugsam bezeugt habe.

§. 9.

Gesezt nun also, daß die mehrgedachte Stelle des Codicills taxative zu verstehen sey, so konnte dieser Umstand schon überhaupt den Hrn. Beklagten nicht schlechthin von der Bezahlung des Legats befreyen. Die Zahlungsverbindlichkeit des Erben fällt nur alsdann ganz hinweg, wenn er den fundum, auf dessen Einkünfte das Legat taxative gelegt ist, gar nicht erhält, und also von dessen Renthen gar nichts bekommt [25]. Dahingegen verordnen die Rechte deutlich [26], daß der Erbe, wenn er einen Theil der Einkünfte erlangt, auch Verhältnißweise an dem Legat abtragen, der Legatar aber sich mit wenigern begnügen muß, wenn die Renthen zu seiner vollständigen Befriedigung nicht zureichen. Denn ausserdem wer-

25) L. 1. §. 3. ff. de condit. et demonstrat. VINNIUS in Comment in Instit. Lib. II. Tit. 20. §. 7. num. 2.

26) L. 8. §. 2. de Legat. 2. L. 5. de tritico, vino vel oleo legato, de COCCEII ius civile controversum. Lib. 30 — 32. Qu. 11.

werden jährliche Vermächtnisse blos darum, weil die Einkünfte der Verlassenschaft nach dem Tode des Testators abgenommen haben, nicht vermindert [27]). Hiernächst ist bey jährlichen Legaten die Regel, daß der jährliche Ertrag der angewiesenen Einkünfte zu vergleichen, und aus dem Ueberfluß der folgenden Jahre das zu ergänzen ist, was in den vorhergegangenen aus Mangel der Einkünfte an dem Legate nicht hat abgetragen werden können [28]). Nun hatte in dem gegenwärtigen Falle der Hr. Beklagte gleich anfangs einen Antheil von Bodenhausen bekommen, dessen Einkünfte weit mehr, als die jährliche 1500 fl. betrugen. Denn aus der, der Klage unter dem Buchstaben Bb beygefügten Berechnung ergab sich, daß blos die drey Flecken Schafheim, Schlierbach und Dietzenbach im Jahr 1737. 5742 fl. 26 Alb. 4 Pf. eingetragen haben, wovon nach Abzug der nothwendigen Ausgaben noch immer ein hinlänglicher Ueberschuß blieb. Ferner war aus dem von Hrn. Beklagten selbst der Duplik Num. 1. angehängten Extract aus der durch die gemeinschaftlich niedergesezte Commission gefertigten Berechnung der Cameral-Einkünfte zu ersehen, daß Hanau Lichtenberg von dem Amte Bobenhausen jährlich 6950 fl. 28 Alb. 2 Pf. bezieht, und aus der Beylage sub A. ergab sich, daß von 1736. bis 1767. alle Jahre

 nach

27) Leysers Meditat. ad Pand. Spec. 383. med. 7.

28) L. 17. §. 1. ff. de annuis legat. L. 17. de tritico etc. Hubers praelection. iur. civ. Lib. 33. Tit. 1. §. 5. Bachov animadv. ad Treutl. Vol. II. P. I. Disp. 13. Th. 4. Lit. B.

nach Abzug der Administrations-Besoldungskosten ꝛc. ein beträchtlicher das Legat übersteigender reiner Ertrag übrig geblieben ist. Da nun bey einem Legat, welches taxative an die Einkünfte eines Fundi gewiesen ist, zur Begründung der Zahlungsverbindlichkeit des Erbens weiter nichts erfordert wird, als daß der fundus, so viel als das Legat ausmacht, erträgt, dermalen aber sogar die Einkünfte den Betrag des Legats noch ansehnlich überstiegen haben, so war wohl ohne Anstand der Hr. Beklagte zu dessen vollständiger Entrichtung verpflichtet, und es war nicht abzusehen, warum das Amt Bobenhausen in Ansehung seiner für nicht mehr existirend gehalten werden sollte. Die Einrede, daß der Hr. Bekl. nicht als Erbe, sondern als Besitzer von Bobenhausen zu dem Legat verpflichtet gewesen, widerlegte der Innhalt des Codicills von selbst. Die in der übergebenen Bilanz angesezten Extrakosten, die theils auf die Besitznehmung des Darmstädtischen Antheils von Bobenhausen, theils auf den Proceß, Negociationen, Conferenzen und Vergleichs-Tractaten in den Streitigkeiten mit dem Fürstl. Haus Hessen-Cassel aufgegangen sind, haben freylich eine Zeitlang die Einkünfte um ein nahmhaftes überschritten. Allein alle diese Kosten, welche der Herr Beklagte zur Behauptung seines eigenen Erbrechts aufgewandt hatte, konnten gegen die ihnen vorgehende Legatengelder gar nicht in Ansatz kommen, und hörten nach getroffenem Vergleiche von selbst auf. Eben so wenig verdiente die aufgestellte Vermuthung eine Erwegung,

daß

daß der Testator, wenn er gewust hätte, daß sein Erbe einen so geringen Theil des Amts Bobenhausen bekommen würde, solchen mit dem Legat blos zum Vortheil einer dritten Person nicht würde belastet haben. Es ist schon oben bemerkt worden, daß hier der Fall vorhanden war, wo die Auslegung zum besten des Legatars und nicht des Erben gemacht werden muste. Wenn es auf Vermuthungen ankäme, so möchte nach des Testators so deutlich erklärten Vorliebe für seinen Legatar, wohl eher zu vermuthen seyn, daß derselbe, wenn er den über Bobenhausen entstandenen Streit voraus gesehen hätte, die Legatengelder auf ein anders Amt würde angewiesen haben. Hiernächst konnte die bey seinem Leben der Frau Fürstin bezeigte Freygebigkeit ihm nicht hindern, auch noch nach seinem Tode wohlthätig zu seyn. Vielmehr kommen noch folgende Umstände hinzu, warum auch diese dritte Frage für die Erben der Fürstin zu entscheiden war. Der Fürstl. Darmstädtische Hof hatte sich nemlich auf allen Fall selbst zuzuschreiben, daß er, ungeachtet des für sich gehabten günstigen Cammergerichtsurthels und ungeachtet Ihm der Weg der Austräge offen gestanden ist, von deren Ausspruch noch an eines der höchsten Reichsgerichte hätte appellirt werden können, dennoch den Vergleich mit dem Fürstlich-Hessen-Casselischen Hause eingegangen und dadurch sich ausser Stand gesezt hat, das ganze Amt Bobenhausen und somit auch dessen sämmtliche Einkünfte zu bekommen. Da es am Wege Rechtens nicht fehlte, so konnte dieser Vergleich

gleich, als ein nothgedrungener mit Bestand nicht betrachtet werden. War dieser Vergleich für den Herrn Bekl. nachtheilig, so fiel der Nachtheil nur auf ihn allein [29]). Der Frau Fürstin konnte derselbe nicht schaden, da es bekannten Rechtens ist, daß ein Vergleich nur denen nuzt und schadet, die ihn geschlossen haben [30]). Sodann war immer zu bedenken, daß die Sache ein zu Alimenten bestimmtes Vermächtniß betrift, worauf sonst der Regel nach, die Verminderung der Einkünfte keinen Einfluß hat [31]), und im gegenwärtigen Falle keinen haben konnte, weil von dem angewiesenen Amte Einkünfte genug übrig blieben, wovon das Legat abgetragen werden konnte. Einige Rechtslehrer [32]) erkennen auf die vollständige Zahlung eines solchen Legats auch alsdann, wenn gleich der taxative benannte fundus nicht hinlänglich ist. Ueberhaupt war es etwas befremdend, daß eben die Auszahlung dieses Legats so sehr erschwert werden wollte, da doch der Hr. Bekl. nicht nur die Erbschaft ohne sich der Wohlthat des Inventariums zu bedienen, angetretten hatte, und also auch die rechtlichen Wirkungen einer auf solche Art angetretenen Erbschaft, in Beziehung auf die Bezahlung der Vermächtnisse gegen sich gelten lassen muste [33]), sondern auch einräumte, daß er

29) MEVIUS Decis. P. I. Dec. 106.

30) L. 3. C. inter alios acta L. 1. C. de transaction.

31) Stryk de cautelis testament. Cap. 20. §. 28.

32) Z. B. ANT. MATHAEI Observ. rerum iudicatarum Obs. 31.

33) L. 22. §. 12. C. de iure deliberandi. Nov. 1. Cap. 2. §. 2. in pr.

er den übrigen Innhalt des Testaments erfüllt habe. Gleichwohl ist bekannt, daß ein Erbe, der in einem Stück den Willen des Testators erfüllt, solchen auch in den übrigen Stücken erfüllen muß [34]).

§. 10.

Die vierte Frage war: Ob nicht der Herr Beklagte auch durch seine Anerkennung des mehrgedachten Legats und durch das in dem, zwischen den beyden Fürstl. Hessischen Häusern getroffenen Vergleich geschehene Versprechen, die Zahlung der Hanauischen Vermächtnisse zu übernehmen, sich noch besonders zur Zahlung des streitigen Legats verbindlich gemacht habe? Nun wollte man zwar diese Anerkennung in Abrede stellen und vorgeben, daß so oft das Ansinnen wegen Auszahlung der aus den Einkünften des Amts Bobenhausen verlangten jährlichen 1500 fl. Legatengelder gemacht worden, solchem aus den triftigsten und selbst in der natürlichen Billigkeit liegenden Gründen bestmöglichst widersprochen, und die Forderung von jeher für unbillig erkannt worden sey. Sodann wäre in dem im Jahr 1762. errichteten Vergleich die Berichtigung der Hanauischen Legaten nicht pure, sondern unter der ausdrücklichen Clausel, in quantum iuris versprochen worden, wodurch man die Bezahlung des streitigen Legats nicht übernommen, vielmehr in

34) L. 16. §. 1. C. de testament. Donauers Consil. et Resp. 98. num. 58. 59. 60.

in Kraft dieser Clausel deutlich ausgenommen hätte. Indessen hatte der Hr. Beklagte nicht nur die Gültigkeit des Codicills, worinn das Legat enthalten war, in den ganzen Acten nirgends widersprochen, sondern auch in seinem Antwortschreiben (Beyl. D. der Kl.) auf das wegen Auszahlung des Legats unterm 29. Oct. 1737. geschehene Ersuchen, geäussert, **wie Er nie ermangeln würde, den Willen des hochseel. Testators auch in diesem Punct zu erfüllen, gleichwie Er solchen in allen übrigen Stücken ihm zur Regel und Richtschnur seyn lassen.** Nur der Umstand, daß dieses Legat aus den Renthen des Amts Bobenhausen bezahlt werden sollte, dieses aber damals gröstentheils in Hessen-Casselischen Händen war, diente zur Entschuldigung, daß er sich noch zur Zeit zu dessen Abführung einen Anstand nahm. Aus dieser Aeusserung veroffenbart sich deutlich, daß der Hr. Beklagte an und für sich gar nicht bezweifelt hat, daß er dieses Legat eben so gut zu entrichten schuldig sey, als er die übrigen Stücke des Testaments erfüllt hat. Er glaubte nur, obwohl, wie sich aus dem vorhergehenden ergiebt, irrigerweise, daß er diese anerkannte Schuldigkeit noch zur Zeit zu erfüllen, nicht pflichtig wäre. Indessen wurde doch das Legat agnoscirt, wenn gleich der Hr. Bekl. damals vermeinte, daß man noch zur Zeit nichts von ihm verlangen könnte. Er hat doch im Grunde das eingeräumt, was man von ihm forderte, und darinn liegt ein Geständniß.[35]) Eben so

35) Hofmanns teutsche R. Praxis I. Th. §. 729.

so wenig kann in Zweifel gezogen werden, daß der Hr. Bekl. in dem §. 25. des mit Cassel errichteten Vergleichs die Bezahlung des mehrgedachten Legats mit übernommen habe, weil in solchem ausdrücklich Lichtenbergischer Seits die Berichtigung der von dem hochseel. Hrn. Grafen zu Hanau vermachten verschiedenen Legaten versprochen worden ist. Durch dieses allgemeine Versprechen die Gräfl. Hanauischen Legaten zu berichtigen, ist also auch das gegenwärtige mit übernommen worden. Nun ist es zwar an dem, daß solches unter der Clausel, in quantum iuris, geschehen ist. Aber aus eben dieser Clausel folget, daß der Hr. Beklagte hat zahlen wollen, wenn er den Rechten nach würklich zur Zahlung verbunden war. Diese Verbindlichkeit wird sich aber aus den bishero angeführten Gründen ergeben. Es konnte endlich nichts schaden, daß die Frau Fürstin den Vergleich von 1762. nicht mitgeschlossen hat. Denn bekanntlich kann auch ein dritter aus einem von andern geschlossenen Vertrage Rechte erwerben, wenn nur der eine Paciscent die Absicht gehabt hat, ihm dergleichen Recht zu verschaffen, und dieser dritte solches genehmiget hat [36]. Daß nun aber der Hof zu Cassel die Absicht gehabt habe, für die Hanauischen Legatarien und also auch für die Frau Fürstin zu sorgen, erhellt daraus, weil er in dem Vergleich

36) Brunnemanns Comment. in pand. ad L. 25. num. 2. 3. de pact. Schilter Exer. 8. §. 27 — 29. Stryk de cautel. contract. Sect. II. Cap. 5. §. 3. Hommels Rhapſ. Vol. 1. Obſ. 248.

gleich darauf gedrungen hat, daß nunmehr Lichtenbergischer Seits die Gräfl. Hanauische Legate abgeführt werden sollen. Auch fehlte es an der Frau Fürstin Genehmigung nicht, weil sie in ihrem Erinnerungsschreiben diesen Vergleich oft genug zum Beweggrund, die Zahlung zu bekommen, gebraucht hat.

§. 11.

Noch ein besonderer Umstand veranlaßte die fünfte Frage. Der Herr Landgraf von Hessen-Cassel hatte nemlich, nach Ergreifung des Besitzes von dem größten Theil des Amtes Bobenhausen, der Frau Fürstin eine jährliche Pension von 2000 fl. verwilliget. Es war also die Frage, ob er dadurch das Gräfl. Hanauische Legat übernommen, und den Herrn Beklagten von dessen Bezahlung befreyet habe? Dieses suchte nun letzterer aus folgenden Gründen wahrscheinlich zu machen. Durch diese Pension wäre der Wittwengehalt unstreitig ansehnlich vermehrt, und also die auf eben diese Vermehrung gerichtete Absicht des Testators erfüllt worden. Der Herr Landgraf hatte diese Pension nach ergriffenem Besitze von Bobenhausen verwilliget. Er schien also dieses als Besitzer des Amts von den davon zu erhebenden Renthen gethan mithin das Vermächtnis, als ein auf eben diesen Renthen haftendes Legat freywillig übernommen zu haben. Der Umstand der Zeit konnte diese Vermuthung bestätigen, weil das Versprechen zu gedachter Pension bey der Besitzergreiffung des Amtes erfolgt war.

Hier-

Hierzu kam, daß kein anderes Verhältniß noch Verbindlichkeit vorhanden war, warum der Hr. Landgraf der Frau Fürstin in dem Wittwenstande die 2000 fl. hätte verwilligen sollen, als diejenige, in welche er durch den Besitz des Amts Bobenhausen getreten ist. Eben darum wollte man die Bewilligung der jährlichen Abgabe nicht als eine bloße Würkung der Freygebigkeit, sondern als eine Handlung ansehen, wodurch der letzte Willen des Hrn. Grafens, das jährliche Legat aus den Renthen von Bobenhausen zu zahlen, erfüllt werden sollte. Nur die Bestimmung einer höhern Summe, als das Legat beträgt, sollte freywillig geschehen seyn. Da nun also dem Willen des Testators bereits Genüge geschehen wäre, indem es gleichviel sey, ob der Hauptschuldner bezahlt, oder ein anderer für ihn, so hätten die Erben der Frau Fürstin von Hanau kein Klagrecht mehr. Vielmehr stünde ihnen die Einrede entgegen, daß sie die nämliche Sache aus dem nämlichen Grunde zweymal verlangten.

§. 12.

So scheinbar nun auch diese Gründe sind, so sind sie doch nicht hinlänglich, die Vermuthung zu begründen, daß der Hr. Landgraf von Hessencassel durch die verwilligte jährliche Pension der 2000 fl. das Hanauische Legat übernommen habe. Daraus, daß das Versprechen zu dieser Pension nach der Besitzergreiffung

des Amts Bobenhausen geschehen, folgt noch nicht, daß der Hr. Landgraf von Hessen-Cassel nunmehr als Besitzer dieses Amts, oder vielmehr eines Theils desselben, sich verbunden zu seyn geglaubt, das auf die Renthen dieses Amts angewiesene Legat, von den Einkünften seines Antheils entrichten zu müssen, und daß er eine dem Erben aufgelegte Last freywillig habe übernehmen wollen. Diese Vermuthung konnte um so weniger statt finden, da nicht einmal erwiesen war, daß die verwilligte Pension an die Einkünfte des Münzenbergischen Antheils von diesem Amte angewiesen worden ist. Wie konnte man nun annehmen, daß der Hr. Landgraf, als Besitzer seines Antheils, von den daraus zu beziehenden Renthen die Pension verwilliget habe? Um solche zu verwilligen, brauchte derselbe in keiner besondern Verbindlichkeit und Verhältniß gegen die Frau Fürstin zu stehen, indem er doch wohl, ohne alle Verbindlichkeit, aus bloßer Freygebigkeit die jährliche 2000 fl. hat aussetzen können. Hätte der Hr. Landgraf durch die mehrgedachte Pension das Legat übernommen, so würde der Hr. Bekl. ganz sicher in den Vergleich vom J. 1762. die Entrichtung der verschiedenen gräfl. Hanauischen Legaten nicht so überhaupt versprochen, sondern das gegenwärtige, als ein von einem andern schon übernommenes, davon namentlich ausgenommen haben. Es ist auch ein merklicher Unterschied zwischen den verschiedenen Summen vorhanden, da das Legat jährlich 1500 fl. die Pension aber jährlich 2000 fl. ausmacht. Wäre

fer-

ferner das Legat schon im Jahr 1736. wo die Besitzergreiffung erfolgt ist, von einem Dritten übernommen worden, so hätte die Frau Fürstin nicht erst noch unterm 29. Oct. 1737. vom Hrn. Bekl. die Entrichtung eben dieses von einem andern bereits übernommenen Legats verlangen können. Dieses hat sie aber nicht nur damals, sondern auch in der Folge vor und nach dem Vergleich mehrmals gethan. Noch vielweniger würde der Hr. Bekl. unterlassen haben, in seinem Antwortschreiben diesen wichtigen Umstand der Frau Fürstin zu Gemüthe zu führen, und, daß eben dieses nämliche Legat, welches man von ihm verlangt, schon ein anderer übernommen habe, vorzustellen. Hieraus ergiebt sich also, daß die von dem Hrn. Landgrafen zu Hessen-Cassel verwilligte jährliche Pension von 2000 fl. allerdings eine Handlung der Freygebigkeit gewesen, die mit dem Hochgräfl. Hanauischen dem Herrn Testamentserben auferlegten Legat, gar keine Gemeinschaft hat [37].

37) In der Folge wurde dieses alles noch mehr durch eine Urkunde bestätiget, von welcher, weil man sie zu spät erhielt, weder in den gerichtlichen Acten, noch in unserm Gutachten Gebrauch gemacht werden konnte. Sie ist das Rescript, welches der Hr. Landgraf von Hessen-Cassel wegen Auszahlung der jährlichen Pension von 2000 fl. d. d. Cassel den 16. Jul. 1736. erlassen hat. Hierin steht ausdrücklich, daß der Frau Fürstin von Hanau diese Pension aus besonderer gegen dieselbe tragenden Hochachtung, zugestanden worden. Ferner, daß sie solche ausser ihrem Wittum haben soll. Dieses ist ein deutlicher

§. 13.

Die letzte Frage war: Ob nicht wegen des bisherigen so langen Verzugs in der Abführung des Legats vom Herrn Beklagten die reichsgesetzmäßigen Verzugszinsen mit Recht gefordert werden können? Nun folgt zwar daraus, weil jemand die Erfüllung einer ihm obliegenden Schuldigkeit verschiebt, nicht sofort, daß er sich in mora befinde [38]). Da ferner eine mora in einem widerrechtlichen Aufschub einer zu vollziehenden Sache besteht [39]), so scheint es, daß der Hr. Bekl. durch seinen Verzug in der Abführung des Legats, um so weniger eine widerrechtliche Verzögerung, mithin eine wahre moram zu Schulden gebracht habe, als er bey den verschiedenen für sich gehabten Gründen glauben konnte, daß er zu der Entrichtung des gedachten Vermächtnisses nicht verbunden sey. Nun befreyen aber die Rechte einen Schuldner, der hinlängliche Einreden hat, oder im guten Glauben einen Rechtsstreit an-

cher Beweis, daß die Pension, mit dem, was ihr bereits von dem Hrn. Grafen von Hanau zum Wittum bestimmt worden ist, keine Verbindung haben sollen. Die Pension war weiter nur bis auf den Tod des Herrn Landgrafens Wilhelm von Hessen-Cassel in den Worten: so lange Uns Gott das Leben geben wird, verwilliget. Endlich war sie nicht an die Einkünfte von Bobenhausen, sondern an die fürstl. Renth-Cammer zu Hanau angewiesen.

38) L. 21. ff. de usuris et fructibus.

39) Nettelbladts nova introductio in iurispr. positivam Germanorum communem §. 629.

anfängt, von dem Verdacht des Verzugs und also auch von der Zahlung der Verzugszinsen 40). Allein eben daraus, weil die Rechte, wenn der Verdacht der morae nicht statt finden soll, voraussetzen, daß der Schuldner hinlängliche Rechtsgründe für sich hat, die Erfüllung seiner Pflichten zu verschieben, folgt, daß unzulängliche und höchstens nur wahrscheinliche Gründe diese Befreyung nicht bewürken können. Dergleichen Gründe können allenfalls eine Vergleichung der Kosten, aber keine Befreyung von der Bezahlung der Verzugszinsen zur Folge haben. Aus der Beantwortung der vorigen Fragen wird nun aber erhellen, daß die sämmtlichen Ursachen, aus welchen der Hr. Bekl. sich der Entrichtung des Legats hat entziehen wollen, ungegründet waren, wenn man auch annimmt, daß die Anweisung an die Renthen des Amts Bobenhausen taxative zu verstehen wäre. Sein Verzug in der Abführung des ihm auferlegten Legats war also widerrechtlich und eine wahre mora. Ein Testamentserbe ist nach angetretener Erbschaft und erlangter Wissenschaft von dem zu entrichtenden Legat zu dessen Abführung verbunden, sobald der Legatar solches fordert 41). Die Gesetze selbst setzen den saumseligen Erben in moram und verordnen, daß er dem Legatar

 die

40) Cap. 60. X. de R. I. in 6. L. 63. ff. de R. I.

41) Luis diss. de natura legati generatim et in specie quo tempore debeantur fructus et usurae legati. (Goetting. 1786.) §. 21.

die Verzugszinsen zahlen soll [42]). Der Hr. Bekl. wurde nicht nur gleich Anfangs, sondern auch in der Folge oft genug, sowohl von der verstorbenen Frau Fürstin von Hanau, als nachher von deren Erben, gemahnt, und endlich kam die angestellte Klage hinzu, welche eine gerichtliche Interpellation und also auch moram würkt [43]). Man konnte daher auch, gestalten Sachen nach, vom Hr. Bekl. die Bezahlung der reichsgesetzmäßigen Verzugszinsen mit Recht fordern. Uebrigens bemerke ich nur noch, daß die Kläger würklich ein obsiegliches Urthel erhalten haben.

42) L. 23. de Legat. I. L. 78. §. 2. de Leg. II.

43) Meisters notio iuridica morae. §. 63. in Opusc. T. I. num. 5. pag. 265.

X.

Erörterung der Rechtsfrage: Ob ein letzter Wille, den blos ein dazu abgeordneter Actuarius mit Zuziehung eines Sendschöffen, und eines andern unbescholtenen Zeugen ausserhalb des Gerichts aufgenommen, für ein rechtsgültiges gerichtliches Testament zu halten sey?

§. 1.

Johann Adam Grün zu Steinebach errichtete kurz vor seinem Tode unterm 21. November 1787. ein gerichtliches Testament, in welchem er seine sämmtlichen Geschwister zu seinen Universalerben ernannte, jedoch unter denselben seinen Bruder Johann Christian Grün mit sehr ansehnlichen Vermächtnissen vorzüglich begünstigte. Die Geschwister, welche über diesen Vorzug ihres Bruders eifersüchtig wurden, traten nach des Erblassers Tode ihr Erbrecht an den Armenkasten des Kirchspiels Altstadt ab, und dieser stellte die Nichtigkeitsklage gegen das Testament des verstorbenen Grüns an. Er behauptete, daß solches auf keine Weise als ein gültiges Testament bestehen könne. Denn es sey blos von dem Gerichts Actuarius in Beyseyn eines Sendschöpfen aufgenommen worden; die gemeinen Rechte aber verordneten, daß, wenn auch ein vom Gericht deputirter Actuarius ein Testament gültig

 auf-

aufnehmen könne, derselbe doch wenigstens zwey Gerichts-Schöpfen dazu ziehen müsse. Das Gesuch der Klage ward also darauf gerichtet: das Testament des verstorbenen Grüns für nichtig zu erklären, auf die Intestat-Erbfolge zu erkennen, und den Gegentheil in die Kosten zu verurtheilen.

§. 2.

Es kam hier alles auf die Frage an: Ob ein letzter Wille, welchen blos ein dazu abgeordneter Actuarius nebst einem Sendschöffen und einem andern Zeugen außerhalb des Gerichts aufgenommen, als ein gerichtliches Testament bestehen könne oder nicht? Die Burggräflich Kirchberg-Saynische Regierung zu Hachenburg entschied diese Frage in erster Instanz für den Kläger. Allein, da Beklagter gegen dieses Urtheil die Appellation ergriff, so wurde dasselbe von der Jenaischen Juristen-Facultät abgeändert, und folgendermaßen erkannt:

Nunmehr aus den Acten und der Partheyen Einbringen so viel zu befinden, daß die in Frage stehende Disposition für ungültig nicht zu achten, noch die Erbschaft des verstorbenen Johann Adam Grüns ab intestato zu vertheilen, sondern es hat des geklagten Armenkastens Suchen nicht Statt; es könnte und wollte denn derselbe, waßmasen in dasigen Landen nach ei-

ner daselbst auf eine rechtsbehörige Art hergebrachten Observanz ein letzter Wille, so blos ein dazu abgeordneter Actuarius mit einem Sendschöffen und einem andern Zeugen außerhalb des Gerichts aufnimmt, ungültig sey, binnen Ordnungsfrist, des Beklagten Gegenbeweiß vorbehältlich, gebührend beweisen, dessen genöße er billig, und ergienge dießfalls ferner, was Recht ist. V. R. W.

Und dieses Urtheil wurde auch von unserer Facultät bestätiget, an welche die Acten auf gestattete Revision waren geschickt worden.

§. 3.

Die Gründe für den Kläger waren folgende:

Erstlich sey es eine gemeine Meinung der Rechtsgelehrten[1]), daß zur Annahme eines gerichtlich zu errichtenden Testaments, wenn solche außerhalb des Gerichts und ohne Beysein des Richters geschiehet, außer dem

1) CARPZOV in Iurispr. forensi P. III. Constit. III. definit. 18. Ant. FABER in Cod. Sabaudico Lib. VI. Tit. V. def. 23. Ant. MERENDA Controversiar illustr. Lib. III. cap. 47. COCCEJI in Iur. Civ. controv. Lib. XXVIII. Tit. I. Quaest. 8. CLAPROTH in Iurispr. Extrajudic. §. 107. et 112. Io. HEUMANN in Exercit. iuris universi Specim. VII. de testamento iudicii auctoritate extra locum iudicii ordinando §. VI. pag. 43. Io. Iust. SCHIERSCHMID Diss. de testamento coram solo iudice non conficiendo. Erlangae 1764. §. 10. sqq. God. Lud. MENCKEN Diss. de testamento iudiciali extra locum iudicii condito. Vitemb. 1716. §. 25.

dem Actuarius wenigstens zwey Gerichtsschöffen erfordert würden, wenn der letzte Wille als ein gerichtliches Testament gelten solle, und selbst diejenigen Rechtsgelehrten, so hierin die gelindeste Meinung hegten, hielten doch wenigstens eine gerichtliche Person nebst dem Actuarius für nothwendig [2]). Allein ein Sendschöffe sey keine Gerichtsperson, und könne auch keine gerichtliche Person vorstellen.

Zweytens genüge nicht einmal die Gegenwart des Richters allein zur Gültigkeit eines vor ihm gemachten Testaments, sondern dazu werde, wenn von einer mündlichen letzten Willensverordnung die Rede ist, neben demselben noch die Zuziehung des Gerichtsschreibers, und auf den Fall, daß der Richter die Stelle eines Actuarius zugleich bekleiden sollte, die Gegenwart zweyer oder wenigstens eines Gerichtsschöffens nach der Meinung bewährter Rechtsgelehrten erfordert [3]). Hieraus aber lasse sich der ähnliche Schluß machen, daß, wenn zur Aufnahme eines Testaments der Richter seine Stelle dem Actuarius aufträgt, und dieser also, qua deputatus iudicii, die Person des Richters selbst vorstellt, die Zuziehung eines oder zweyer Gerichtsschöpfen eben

2) STRYCK in Tract. de cautelis testamentor. Cap. VII. §. 38. WERNHER Observat. Forens. Tom. I. Part. I. Obs. 26.

3) SCHIERSCHMID cit. Dissertat. §. 11. HELLFELD in Iurisprud. Forens. Tom. II. §. 1410. in fin. BRUNNEMANN in Commentar. ad L. 19. Cod. de Testam. n. 10.

eben so nothwendig sey, weil dem Actuarius deßfalls kein Vorrecht zustehen könne.

Drittens: wenn gleich bekanntlich gerichtliche Testamente die Form und Solennitäten feyerlicher Privat-Testamente nicht erfordern, sondern das richterliche Ansehen alle andere Förmlichkeiten überwiegt, so könne doch daraus noch nicht gefolgert werden, daß auch die wesentlichen Eigenschaften, welche zur Bewürkung einer gerichtlichen Glaubhaftigkeit erfordert werden, ermangeln dürften. Diese bestünden aber in dem vorliegenden Falle ganz unstreitig in der Gegenwart zweyer Gerichtsschöffen nebst dem Actuarius [4]).

Viertens: was die L. 19. Cod. de testamentis nur beyläufig vom gerichtlichen Testamente verordnet, gehöre nicht hierher. Denn dieselbe setze einen solchen Fall voraus, wo der Testirer selbst persönlich vor Gericht erscheint, uud daselbst seinen letzten Willen zu Protocoll giebt. Dieses lehre eines Theils der Zusammenhang mit den vorhergehenden Worten, in welchen von einem Testamente, so vor dem Landesherrn gemacht wird, die Rede ist. Es erhelle aber auch andern Theils nicht undeutlich aus den Worten des angeführten Gesetzes selbst: Sicut ergo securus erit, qui actis cuiuscunque iudicis — mentis suae postremum publicavit iudicium. Denn die Redensart *apud acta fieri* werde vor-

4) PUFFENDORF de iurisdictione germanica P. I. Cap. III. §. 69.

vornehmlich von solchen Rechtshandlungen gebraucht, welche an gewöhnlicher Gerichtsstelle und in Gegenwart des Richters vollzogen werden [5]).

§. 4.

Allein die Gründe für die Gültigkeit des Testaments sind dennoch überwiegender. Vor allen Dingen darf nicht unbemerkt gelassen werden, daß wenn auch gesetzten Falls durch die Schuld des Richters oder des zur Annahme des in Frage stehenden **Grünischen** Testaments abgeordneten Actuarius in Ansehung der äußern Form ein Versehen vorgegangen wäre, doch hier unstreitig der Fall eintreten würde, daß eher für die Rechtsbeständigkeit, als für die Ungültigkeit des Testaments zu erkennen wäre. Denn die Gesetze verordnen ganz ausdrücklich [6]): Non concedendum esse, ut suprema vota deficientium eversionis quidquam *ex incongrua insinuatione* contrahant. Eben dieses wiederhohlt Justinian noch umständlicher in einer eigenen Verordnung [7]) folgendes Inhalts: Ambiguitates, quae vel imperitia vel desidia testamenta conscribentium oriuntur, resecandas esse censemus; et sive institutio heredum post legatorum donationes scripta sit, vel *alia praetermissa sit observatio*, non ex mente testatoris,

5) SCHIERSCHMID in Diss. alleg. §. 6. ibique in Nota.

6) L. 23. in fin. Cod. de Testam.

7) L. 24. Cod. eodem. Siehe Ge. Sam. MADIHN Diatr. de validitate testamenti non rite oblati. Halae 1771. §. XXVIII. pag. 119.

toris, sed *vitio tabellionis*, vel alterius, *qui testamentum scribit:* nulli licentiam concedimus, per eam occasionem testatoris voluntatem subvertere vel minuere. Diese gesetzliche Vorschriften müssen aber bey gerichtlichen Testamenten um so mehr zur Anwendung gebracht werden, je weniger es in einem solchen Falle dem Testirer erlaubt ist, diejenigen Mitglieder des Gerichts selbst zu ernennen, in deren Gegenwart er sein Testament zu vollziehen Willens ist, indem er vielmehr sowohl die Anzahl, als die Wahl der hierzu abzuordnenden Gerichtspersonen lediglich dem richterlichen Ermessen überlassen muß [8]). Es würde folglich gegen alle Billigkeit streiten, wenn man ein hierbey begangenes Versehen des Richters dem Testirer, welcher seiner Seits um eine gerichtliche Abordnung gehörig angesucht hat, zur Last legen, und das Testament für ungültig erklären wollte, da zumal die Gesetze, so sorgfältig sie auch sonst die bey Verrichtung bürgerlicher Rechtshandlungen eingeführten Förmlichkeiten beobachtet wissen wollen, doch hierin Nachsicht gestatten, sobald die Billigkeit in einem gegebenen Falle dadurch leiden sollte [9]).

§. 5.

8) Quistorp's Abhandlung, ob bey einem gerichtlich zu vollziehenden letzten Willen der Testirer die Befugniß habe, hiezu gewisse Glieder des Gerichts zu benennen? in Desselben Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien 3. St. Nr. 13.

9) L. 183. D. de Reg. Iuris.

§. 5.

Man kann aber auch nicht einmal mit Grunde behaupten, daß bey dem mehrgedachten Grünischen Testamente eine in den gemeinen oder den statutarischen Gesetzen verordnete nothwendige äußerliche Solennität wäre vernachläßiget worden. Denn nach jenen beruhet die eigentliche Gültigkeit eines solchen gerichtlich errichteten Testaments lediglich auf der gerichtlichen Beglaubigung [10]); und es ist kein Gesetz vorhanden, welches dergleichen Testamenten eine besondere Form vorschreibt. Die angeführte L. 19. Cod. de Testamentis, als worin allein von einem dergleichen gerichtlichen Testamente etwas vorkommt, erfordert weiter nichts, als daß der Testirer seinen letzten Willen dem Gerichte zu erkennen gegeben, und derselbe hierauf den Acten insinuirt worden sey. Es ist aber bekannt, daß zur Verfertigung der Gerichts-Acten bey den Römern besondere Actuarien bestellet waren, und solche dem Richter selbst nicht oblag [11]); mithin scheint hiernach nicht einmal die Gegenwart des Richters selbst nothwendig zu seyn, geschweige denn, daß außer dem Actuarius noch die Gegen-

10) Io. Christoph BALSER lib. sing. de forma testamenti iudicialis externa. Giessae 1745. Cap. III. §. 84. und LAUTERBACH Diss. de testamento iudiciali §. 4.

11) L. 33. §. 1. D. Ex quib caus. maiores L. 45. §. 7. D. de iure fisci. Christ Ulr. GRUPEN Observationes de forma conficiendi acta apud Rom. nec non de forma testamentorum iudicialium et privatorum in scriptis. (Hanoverae 1753. 4.) Obs. I. §. 3. et 4. Observ. II. §. 3.

genwart gewisser Gerichts-Beysitzer erforderlich seyn dürfte [12]). Die Auslegung der L. 19. Cod. de Testamentis von einem solchen Falle, da der Testirer selbst persönlich vor Gericht erscheint, ist eben so irrig, als die daraus gezogene Folge, daß dieses Gesetz auf den Fall, da das Testament ausser der Stelle des Gerichts, in des Testirers Hause aufgenommen werden soll, nicht anwendbar sey. Aus den Worten: actis cuiuscunque iudicis mentis suae postremum publicavit iudicium, kann dieselbe keinesweges hergeleitet werden, indem vielmehr die Redensart *apud acta fieri* nach der richtigern Erklärung der Rechtsgelehrten auf alle gerichtliche Handlungen sich beziehet, sie mögen in- oder außerhalb Gerichts vorgenommen werden [13]).

§. 6.

Eine besondere Landesverordnung über die eigentliche Form gerichtlicher Testamente hat von dem Kläger auch nicht angeführt werden können, so wie er auch nicht im Stande gewesen ist, den ihm aufgelegten Beweis zu führen, nämlich daß nach einer unbestrittenen Observanz bey einem solchen Testamente, so außer Gericht von einem dazu abgeordneten Actuarius aufgenommen

12) CONRADI Diss. de testamento publico, quod fit apud acta. §. 13. sqq.

13) Vid. WESENBEC Commentar. in Pandect. iuris civ. Lib. XXVIII. Tit. I. n. 10.

men werden soll, die Gegenwart eines oder zweyer Gerichtsschöffen erforderlich sey. Die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten, die solches zur Form eines gerichtlichen Testaments erfordern, ist weder für allgemein noch richtig zu halten, und daher von mehrern Rechtsgelehrten schon längst verworffen worden[14]. Und dieser letztern Rechtsgelehrten Meinung verdient um so billiger den Vorzug, da eines Theils nach der in ganz Teutschland eingeführten unbestrittenen Observanz einem jeden Richter freystehet, die Vertretung seiner Stelle bey der Annahme eines gerichtlichen Testaments dem Actuarius aufzutragen, welcher alsdann unstreitig die Person des Richter vorstellt[15]; andern Theils aber auch

14) SCHAUMBURG in Compend. iuris Digestor. Lib. XXVIII. Tit. I. §. 13. in fin. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. CCCLIV. medit. 3. BALSER lib. cit. Cap. III. §. 84. MADIHN cit. Diatriba §. XXIII. pag. 91. Car. Frid. WALCH Introduct. in Controversias iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Membro III. §. 6. pag. 249. sq. (edit. tertia longe auct. Ienae 1791. 8. maj.) Nettelbladt Versuch einer Anleitung zu der ganzen practischen Rechtsgelahrheit §. 972. (nach der 3. Auflage Halle 1784.) Klein Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den preußischen Staaten I. Band S. 233. u. a. m.

15) Cap. ult. X. de offic. et potest. iud. deleg. LEYSER Specim. XXVII. med. 7. Vorzüglich verdient hier auch Struben in den rechtlichen Bedenken II. Theil 51. Bd. nachgesehen zu werden, welcher daselbst zugleich ausgeführt hat, daß ein Testament gültig sey, welches in Abwesenheit des Actuarius dem Richter übergeben, oder vor ihm mündlich errichtet, und von demselben zu Protocoll genommen wor-

auch in einem solchen Falle, da das Testament außerhalb Gerichts, vermöge richterlichen Auftrags, von einem dazu abgeordneten Actuarius nebst zwey andern dazu gezogenen unbescholtenen Zeugen angenommen worden ist, wenn etwa ja wider das verfaßte Gerichtsprotocoll, welches das gerichtlich vollzogene Testament enthält, scheinbare Einwürfe gemacht werden wollten, die Richtigkeit desselben sofort, durch die Aussagen der dazu gezogenen Zeugen, außer Streit gesetzt werden kann [16]).

§. 7.

Es ist jedoch die Glaubwürdigkeit des über das Grünische Testament abgefaßten, und von dem Actuarius sowohl als den andern beyden Zeugen unterschriebenen Protocolls de acto Steinebach den 21. Nov. 1787. von dem Kläger nicht einmal bezweifelt, sondern nur lediglich gegen die Gültigkeit des Testaments die Einwendung gemacht worden, daß keine Gerichtsschöffen

worden ist. Eine Meinung, die auch bey dem kaiserl. R. Cammergericht angenommen ist, wie aus Cramers Wetzlarischen Nebenstunden Th. X. S. 80. erhellet. Ist nun dieses richtig, so folgt daraus von selbst, daß, wenn der Richter seine Stelle zur Aufnahme eines gerichtlichen Testaments dem Actuarius übertragen hat, so wie er hierzu berechtiget ist, ein solches Testament auch ohne Zeugen und Schöppen eben so gültig seyn müsse, als wenn es von dem Richter selbst wäre aufgenommen worden.

16) Cap. 11. X. de probationibus. Quistorp a. angeführten Orte S. 138.

sen bey der Vollziehung desselben zugegen gewesen sind. Diese Einwendung kann aber in dem gegenwärtigen Falle um so weniger in Betrachtung kommen, da man bey dem burggräflichen Amte Steinbach, wie schon in den Acten der ersten Instanz angeführet worden, nicht einmal Gerichtsschöffen hat, in Ansehung gerichtlicher Testamente aber alles auf die besondere Verfassung eines jeden Gerichts ankommt, folglich keine allgemeine Regel desfalls statt finden kann [17]).

17) GRUPEN cit. loc. Obs. II. §. 3. pag. 108. BALSER libr. alleg. Cap. III. §. 84.

XI.

Von dem Beweis durch den Eyd gegen ein gerichtliches Protocoll *).

§. 1.

Es wird hier ein gerichtliches Protocoll vorausgesetzt, das von einem verpflichteten Secretär, oder Actuar, oder auch von einem Beamten, der zugleich Gerichtsschreiber ist, mit Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften in Ansehung der Form, gefertiget worden, und daß nur davon die Rede sey, ob die Handlung, oder der Vortrag der Partheyen getreu und richtig niedergeschrieben worden ist? Denn, daferne ein gerichtliches Protocoll von einem weder vor, noch nachher verpflichteten Manne geschrieben wäre, oder in seiner Form Hauptmängel und Unvollkommenheiten hätte, oder sichtbar verfälscht wäre, so verdient es überhaupt keinen Glauben [1]). In Ermangelung solcher Fehler aber haben Amts- und Gerichtsprotocolle bekanntermaßen öffentlichen und vollen Glauben [2]). Der Grund ihrer Glaub-

*) Veranlaßt durch zwey Gutachten, davon das eine im Namen der Facultät nach Bamberg und das andere im eigenen Namen nach Weisenstadt ausgearbeitet worden.

1) MENOCHIUS de arbitrariis iudicum Quaestionibus Lib. II. Cas. 187. num. 34. sqq. MEVIUS Decis. P. I. Dec. 119.

2) Rulant de Commissariis et Commissionib. P. II. Lib. V. Cap. 6. num. 21. Böhmers ius eccles. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. 22. §. 4.

Glaubwürdigkeit liegt eben darin, weil sie von verpflichteten Personen und unter öffentlicher Auctorität gefertiget worden, mithin als öffentliche Urkunden die rechtliche Vermuthung für sich haben, daß ihr Inhalt der Wahrheit gemäß sey und vorzüglich, daß ein in Eyd und Pflichten genommener Mann sich nicht so vergessen werde, wissentlich etwas unrichtiges niederzuschreiben [3]. Deswegen hat man die Regeln aufgestellt, daß gerichtliche Protocolle so wenig, als andere öffentliche Urkunden, eydlich abgeläugnet werden können [4]; daß dem Protocoll mehr Glaube, als dem daraus gefertigten Instrument oder Extract beyzulegen sey, wenn sich zwischen beyden ein Widerspruch findet [5]; daß selbst das Zeugniß des Richters einem mit den gehörigen Eigenschaften versehenen Protocoll nachstehen soll [6], und daß [7] die unterbliebene Vorlesung die Glaubwürdigkeit einer Registratur nicht aufhebt.

§. 2.

3) Carpzov Decis. P. III. Dec. 201. num. 22. 23. G. L. Böhmers principia iuris canonici §. 802.

4) Barth Diss. in praxi Cent. III. Diss. 254. num. 3. Crells observationes de fide instrumentorum inprimis publicorum §. 5.

5) Fabers Codex definit. forens. Lib. IV. Tit. 16. Def. 24. Leyßer Medit. ad Pand. Spec. 71. med. 16.

6) Consil. Hallens. ICtor. Tom. I. Lib. I. Cons. 107. num. 4.

7) Hommels Rhaps. Vol IV. Obs. 573. und besonders Gustav Heinr. Mylius Progr. an praelectionis protocolli aut registraturae omissio illi vim probandi adimat? Lipsiae 1761.

§. 2.

Indessen ist die rechtliche Vermuthung für die Richtigkeit eines gerichtlichen Protocolls doch nicht so stark, daß dadurch der Beweis des Gegentheils von dem, was dasselbe enthält, ausgeschlossen würde [8]). Sie ist keine sogenannte praesumtio iuris et de iure, sondern eine in den Gesetzen gegründete Vermuthung, bey welcher eben diese Gesetze selbst den Beweis des Gegentheils zulassen, und die also nur so viel wirkt, daß der Inhalt des Protocolls so lang für wahr gehalten wird, bis das Gegentheil dargethan worden ist [9]). Dieses ist auch der Vernunft vollkommen gemäß. Der Verfertiger eines Protocolls kann irren; er kann die Partheyen nicht recht verstehen; er kann auch mit Vorbedacht unrichtig protocolliren. Nicht selten geschieht es, daß der Gerichtsschreiber das Protocoll nicht sofort in der Gerichtssitzung niederschreibt, sondern sich nur die vornehmsten Puncte bemerkt und erst zu Hause, zuweilen nach Verlauf einiger Zeit, das förmliche Protocoll verfertiget, wo sich gar leicht Unrichtigkeiten einschleichen können. Wie schlimm würden die Partheyen daran seyn, wenn ihnen der Beweis

8) Stryk de iure protocolli Cap. 6. num 34. Seligman de protocollis Cap. 6. Th. 4. Heeser de actis iudicialibus, Cap. 2. num. 5556. Hofmanns teutsche Reichspraxis I. Th. §. 19. not. u.

9) Cap. 10. X. de fide instrumentor. Mevius Decis. P. I. Dec. 120. num. 3.

weis des unrichtig geführten Protocolls versagt würde? Uebrigens ist es bey diesem Beweis gleichviel, worin der Vorwurf der Unrichtigkeit besteht, ob nämlich überhaupt die Sache anders, als sie die Partheyen vorgetragen haben sollen, niedergeschrieben, oder ob etwas soll hinzu gesetzt, oder ausgelassen worden seyn [10])? Es leidet demnach keinen Zweifel, daß der Beweis gegen ein gerichtliches Protocoll durch untadelhafte Urkunden und Zeugen geführt werden könne [11]). Nur sind die Rechtslehrer über die Zahl der Zeugen nicht einig [12]). Es kommt wohl darauf an, ob diese Zeugen Privatpersonen, oder die Gerichtspersonen selbst sind. In dem ersten Falle pflichte ich zwar **Leyßern** [13]) bey, daß drey unverwerfliche Zeugen erfordert werden, um die Glaubwürdigkeit eines gerichtlichen Protocolls zu

10) Die von **Hommel** Rhapſ. Vol. I. Obſ. 179. vorgetragene Lehre, daß es weniger Bedenklichkeit habe, über die in einer gerichtlichen Urkunde ausgelassenen Umstände sich der Eydesdelation zu bedienen, als über solche, die deren Inhalt entgegen sind, gehört nicht zum Beweis eines unrichtig geführten Protocolls. Denn in dem daselbst entschiedenen Falle ist die Rede von einem, ausser dem gerichtlich geschlossenen Hauptcontract, aussergerichtlich getroffenen Nebenvergleich, von welchem nichts in der gerichtlichen Urkunde stehen konnte. Sie wurde also keiner durch Weglassung begangenen Unrichtigkeit beschuldiget.

11) **Claproths** Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß I. Th. 1. Abth. §. 49.

12) **Böhmers** I. E. P. Lib. II. Tit. 19. §. 34.

13) **Leyßer** Spec. 71. med. 15.

zu entkräften, ich sehe aber auch nicht ein, warum der Beweisführer, wenn er zwey untadelhafte Zeugen für sich hat, nicht zum Erfüllungseyde gelassen werden sollte, wenn er sich darzu erbietet [14]). Sind die Zeugen die Gerichtspersonen selbst, so ist es entweder der Richter z. B. der Beamte, nur allein, oder es sind deren mehrere. Bey dem Richter ist natürlich vorauszusetzen, daß ihm kein Verdacht einer Partheylichkeit im Wege steht, und daß die Handlung in seiner Gegenwart vorgegangen ist. Nun läßt sich zwar nicht schlechthin behaupten, daß dem richterlichen Zeugniß ein größerer Glaube beyzulegen sey, als dem Protocoll [15]). Es ist aber doch so viel gewiß, daß der Richter eben so gut, wie der Gerichtsschreiber eine öffentliche und verpflichtete Person ist, und daß er das, was in seiner Gegenwart geschehen ist, so zuverläßig, wie dieser, weiß [16]). Es muß ihm also hierin der nämliche Glaube beygelegt werden [17]). Sein Zeugniß hält folg-

14) Strubens rechtliche Bedenken II. Th. 52. Bed. §. 2.

15) MEVIUS cit. l. referre existimavimus, utrum protocollum a Notario iudicii confectum, aliqua parte mancum et mutilum — quod forte partium allegationes assequi non potuit, aut in perceptione aberravit. — Ubi autem defectus quidam protocolli reperitur, si ostendi potest, vel praesumitur, perit protocolli ea fides, magisque statur iudicum, praesertim plurium assertioni, donec aliud probetur.

16) Struben a. a. O. §. 1.

17) Bergers Oeconomia Iuris Lib. I. Tit. I. Th. 19. not. 6. Barths Dissens. Cent. VI. Diss. 530.

folglich dem Protocoll wenigstens das Gleichgewicht eben so, als wenn der Beweisführer zwey unverwerfliche Zeugen für sich hätte. Ich zweifle also nicht daran, daß die Parthey, welcher ein solches richterliches Zeugniß zu statten kommt, zum Erfüllungseyde zugelassen werden müsse, wenn sie solchen schwören will. Daß übrigens die Glaubwürdigkeit eines gerichtlichen Protocolls sofort vernichtet werde, wenn dem Zeugniß des Richters auch noch das Zeugniß der zugegen gewesenen Gerichtsschöppen beytritt, oder wenn bey einem Collegium die Unrichtigkeit von mehrern Gliedern desselben bezeugt wird, versteht sich wohl von selbst.

§. 3.

Da nun gegen ein gerichtliches Protocoll der Beweis von dessen Unrichtigkeit zuläßig ist; da solcher durch Urkunden und Zeugen ohne Anstand geführt werden kann; so sollte man glauben, daß der Beweis durch die Eydesdelation keinen Widerspruch unterworfen sey, denn der Beweis durch den Eyd gehört gleichfalls unter die gesetzmäßigen Beweismittel und er ist gegen gerichtliche Urkunden nirgends verboten. Es haben auch bereits verschiedene berühmte Rechtslehrer die Zuläßigkeit dieses Beweismittels gegen Gerichtsprotocolle anerkannt und erwiesen [18]). Gleichwohl hat es zu allen Zei-

18) von Wernher Select. Observ. forens. Tom. I. P. I. Obs. 12. Seyfarts teutscher Reichsproceß, Vorber. §. 12.

Zeiten nicht an andern gefehlt, die das Gegentheil behauptet haben, und da eben diese Meinung auch von einigen der neuesten claßischen Rechtslehrer vertheidiget wird, so gewinnt dadurch die Frage: ob gegen ein gerichtliches Protocoll der Eyd deferirt werden könne? einiges Interesse. So findet man bey Hommel[19]) ein Erkenntniß; daß, weil die zu vermuthende und nicht zu bezweifelnde gerichtliche Treue und öffentlicher Glaube den höchsten Grad der Gewißheit in menschlichen Handlungen ausmache, und wenn dieser fallen sollte, nichts wäre, so man für wahr annehmen könnte, dawider keine Zeugen, noch Gewissensrührung statt finden. Allein man muß sich von dem gerichtlichen Glauben keinen übertriebenen Begriff machen. Dieses wird am wenigsten geschehen, wenn man vollends aus Erfahrung weiß, wie es in manchen Landen, besonders bey Untergerichten, mit den Protocollen herzugehen pflegt. Die rechtliche Vermuthung, welche für die Wahrheit gerichtlicher Protocolle streitet, schließt, wie schon gedacht, den Gegenbeweis nicht aus. In dem Cap. 6. X. de renunciat. steht ausdrücklich: licet — tanta sit iudicialis auctoritas, ut semper pro ipsa prae-

§. 12. not. d. Kemmerichs exerc. de Secretariis, Protonotariis et actuariis iudicialibus §. 14. Struben am ang. O. §. 2. Reinharths Observ. ad Christin. Vol. III. Obs. 6. Conr. Wilh. Streckers diss. de iurisiurandi delatione, quatenus sit contra registraturam iudicialem admittenda. Erf. 1731.

19) Rhaps. Vol. II. Obser. 381.

praesumi debeat, *donec contra ipsam aliquid legitime comprobetur.* Indessen zergliedert sich unsere Frage eigentlich in drey besondere Fragen: einmal, ob eine Parthey dem Gegentheil, der ein gerichtliches Protocoll für sich hat, der Eyd über dessen Richtigkeit zuschieben könne; sodann, ob dem Verfasser eines gerichtlichen Protocolls selbst der Eyd abgefordert werden dürfe; endlich, ob es erlaubt sey, auch dem Richter über die Wahrheit des Protocolls den Eyd zuzuschieben.

§. 4.

Was nun die erste Frage betrift, so laufen die Gründe der verneinenden Meinung hauptsächlich darauf hinaus. Der richterliche Glaube gründe sich auf einen geleisteten Eyd, der durch den Eyd einer Privatperson nicht aufgehoben werden könne [20]). Demjenigen, welcher schon einen vollständigen Beweis geführt hat, wohin der Beweis durch gerichtliche Urkunden, die vollen Glauben haben, gehört [21]), könne kein Eyd deferirt werden, weil er eben dadurch bereits sein Gewissen mit Beweis vertreten habe. Man bezieht sich deswegen auf Cap. 2. 10. 12. X. de probat. Allein eben so gut, als demjenigen, welcher durch außergerichtliche Urkunden beweisen will, der Eyd über deren Richtigkeit deferirt werden darf [22]), muß diese Eydesdelation auch

20) Claproth am angef. O.

21) Malblanc doctrina de iureiurando §. 44.

22) Hommel cit. Obs.

auch in Beziehung auf gerichtliche Urkunden statt finden. Man erlaubt die Eydeszuschiebung gegen außergerichtliche Urkunden, weil es immer möglich ist, daß sich ein Irrthum darinnen eingeschleichen haben kann, oder, daß sie mit Vorsatz der Wahrheit zuwider aufgesetzt worden. Kann nicht eben dieser Fall auch bey einer gerichtlichen Urkunde eintreten, wenn er gleich der Regel nach nicht vermuthet wird? Die Glaubwürdigkeit eines gerichtlichen Protocolls beruht freylich auf einem geleisteten Eyde. Aber der Mann, der ihn geleistet hat, bleibt immer ein Mensch, der sich irren und zum Betrug verleitet seyn kann. Da ferner der Beweis wider ein solches Protocoll durch Zeugen geführt werden darf, die Privatpersonen sind, so wird ja durch deren Eyd auch der gerichtliche Glaube aufgehoben. Warum sollte nicht das nämliche durch den dem Gegentheil zugeschobenen Eyd geschehen dürfen, der doch davon, ob die Sache anders, als sie geschehen, protocollirt worden, so gut wie die Zeugen und noch besser unterrichtet ist? Denn es ist leicht zu erachten, daß der Eyd nur einem solchen Gegner füglich zugeschoben werden kann, der de veritate zu schwören im Stande ist. Hierzu kommt noch, daß es dem, welcher den Beweis eines unrichtig geführten Protocolls führen soll, an andern Beweismitteln fehlen kann. Wie hart würde es seyn, wenn man ihm verwehren wollte, seinem Gegner den Eyd zuzuschieben? Hiernächst ist es zwar andem, daß demjenigen, der einen vollständigen Beweis durch Urkunden geführt hat,

kein

kein Eyd deferirt werden kann. Aber diese Regel paßt nicht auf einen Fall, wo eben darüber gestritten wird, ob die Urkunde nicht irrig und unrichtig und also dadurch kein vollständiger Beweis geführt worden sey [23]). Eben um deswillen, weil über die Wahrheit des Protocolls noch gestritten wird, läßt sich auch nicht behaupten, daß dadurch bereits die Gewissensvertretung geschehen sey [24]). Auch stehen die angeführten Texte des canonischen Rechts nicht im Wege. Das Cap. 2. X. de probat. ist von dem Erfüllungseyde zu verstehen, und verbietet den damit zu beschweren, der schon einen vollständigen Beweis durch Urkunden oder Zeugen geführt hat [25]). Das Cap. 10. betrifft den Fall, wo eine Concubine, die bereits vorgegeben hatte, daß ihr Beyschläfer der Vater ihres Sohnes sey, lange hernach einen andern eydlich benannt hat [26]). Das Cap. 12. untersagt die Zulassung zum Reinigungseyd, bevor noch ein Beweis des Verbrechens geführt worden ist [27]).

§. 5.

Ueber die zweyte Frage giebt es eigentlich dreyerley Meinungen. Es ist leicht zu erachten, daß diejenigen

23) Reinharth cit. Obs.

24) v. Wernher cit. Obs. num. 8. 9.

25) Ebend. num. 5. Strecker Cap. 3. §. 12.

26) Gonzalez Tellez in Comment. in Decretal. Tom. II. pag. 354.

27) Zieglers praelect. in Decretal. pag. 273.

nigen Rechtslehrer, welche überhaupt gegen ein gerichtliches Protocoll keine Eydesdelation zulassen, solche noch viel weniger zugeben, wenn der verpflichtete schwören soll [28]). Die Gründe von dem öffentlichen Glauben und dem Amtseyde, den ein solcher Mann schon abgelegt hat, werden hier in ihrer ganzen Stärke gebraucht. Herr Prof. **Claproth** [29]) schreibt: einem beeydeten Gerichtsschreiber einen Eyd über das Protocoll zuschieben, heißt nichts anders, als eine unnütze Wiederholung des Eydes, den er schon bey Antretung seines Amtes geschworen hat. Es würde überflüßig seyn, das zu wiederholen, was gegen den von dem öffentlichen Glauben hergenommenen Grund bereits bemerkt worden ist. Ich will mich auch dabey nicht aufhalten, daß die Wiederholung eines Eydes, weder eine ungewöhnliche, noch schlechthin unnütze Sache sey. Ich erinnere nur, daß wirklich keine Wiederholung des Amtseydes vorgeht, wenn man dem Gerichtsschreiber den Eyd über das Protocoll zuschiebt. Der Eyd, welchen ein Gerichtsschreiber beym Antritte seines Amts ablegt, ist ein allgemeiner Eyd, worin er überhaupt die getreue Führung seines Amts und namentlich bey Niederschreibung der Protocolle verspricht. Von diesem allgemeinen Eyde ist der

28) J. B. Hommel cit. Obs. 381. Schwarzenbergs Abhandl. von den Gerichts-Actuariis, Stadtschreibern und Secretariis §. 12. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 45.

29) a. angef. O.

der besondere ganz verschieden, wodurch er den ihm in einem bestimmten Falle gemachten Vorwurf eines unrichtig geführten Protocolls ablehnt, und die Wahrheit einer geschehenen Handlung, nämlich die Wahrheit eines Protocolls, bestärkt. Die richtigere Meinung ist daher zwar im allgemeinen diese, daß dem Verfertiger eines gerichtlichen Protocolls der Eyd zugeschoben werden kann [30]), jedoch unter einer nothwendigen Einschränkung. Die gerichtliche Vermuthung für die Glaubwürdigkeit gerichtlicher Protocolle muß nämlich immer so viel wirken, daß, wenn über dessen Inhalt die Eydesdelation geschehen soll, das nicht statt finden kann, was sonst bey dem Beweiße durch Eyde unter streitenden Theilen erlaubt ist, daß man nach Belieben den Eyd deferiren kann, es mag dasjenige, worüber der Eyd deferirt wird, vorher in etwas bescheiniget worden seyn, oder nicht. Es ist vielmehr, bevor der Verfasser eines solchen Protocolls zum Eyde angehalten werden kann, allerdings erforderlich, daß Umstände und Anzeigen beygebracht werden, wodurch der Vorwurf der unrichtigen Niederschreibung wahrscheinlich gemacht wird [31]). Daß diese Wahrscheinlichkeit geringer zu seyn braucht, wenn nur von einem bloßen Irrthume in dem Protocoll

30) Strubens rechtl. Bedenken I. Th. 134. Bed. II. Th. 52. Bd. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses §. 2402. Reinharth cit. Obs.

31) Bergers Oec. Iur. Lib. IV. Tit. 6. not. 9. v. Wernhers Obs. P. V. Obs. 218. num. 9. sqq. Hert Resp. et Consil. Tom. I. Resp. 409. num. 3.

coll die Rede ist, hingegen desto stärker seyn muß, wenn die Handlung vorsetzlich, der Wahrheit zuwider, soll niedergeschrieben worden seyn, versteht sich von selbsten. Denn, wenn man es dem Gutbefinden der Partheyen überlassen wollte, ein zumal in ihrer Gegenwart gefertigtes gerichtliches Protocoll nach Belieben anzufechten, und über das, was sie gesagt und nicht gesagt haben wollen, sofort dem Gerichtsschreiber den Eyd zu deferiren, so würde der öffentliche Glaube, welchen die Gesetze den gerichtlichen Protocollen beylegen, von gar keiner Wirkung seyn. Die Gerichtsschreiber würden, gegen alle Absicht der Gesetze, unaufhörlich in die Nothwendigkeit gesetzt werden, dasjenige durch besondere Eydschwüre zu bekräftigen, was doch ohnehin als wahr vermuthet wird. Uebrigens ist von dieser Eydeszuschiebung derjenige Erfüllungseyd unterschieden, wodurch ein Actuar zuweilen Mängel in der Form des Protocolls ergänzt [32]), wenn sie nämlich nicht so beträchtlich sind, daß das ganze Protocoll für nichtig gehalten werden muß.

§. 6.

Nun giebt es noch einige, welche zwar die Eydeszuschiebung gegen ein gerichtliches Protocoll überhaupt zulassen, jedoch aber gewisse Fälle ausnehmen, wo sie nicht statt haben soll. Dahin gehört, wenn das Protocoll

32) Leysers Spec. 71. med. 9. Malblanc l. c. §. 74.

tocoll den Partheyen vorgelesen worden ist und sie solches gebilliget haben 33). Wenn die Parthey, welche das Protocoll bestreitet, zugiebt, oder überführt werden kann, daß ihr solches, und zwar so, wie es lautet, vorgelesen worden; wenn sie gestehen muß, daß ihr diejenigen Stellen des Protocolls, welche sie nach ihren Kenntnissen ohne Erklärung nicht hat verstehen können, wirklich erklärt worden sind, so glaube ich auch, daß die Eydesdelation unzuläßig sey. Sie hat aber offenbar statt, wenn die Parthey die geschehene Vorlesung läugnet, und des Gegentheils nicht überführt werden kann, ingleichen, wenn sie zwar die Vorlesung zugiebt, aber behauptet, daß das Protocoll in der Folge Zusätze und Abänderungen bekommen habe, oder daß Sachen in dem Protocoll vorkommen, die ihr, nach ihren Umständen, nothwendig erklärt werden mußten, und daß diese Erklärung unterblieben sey. Ferner soll der Eyd nicht Platz greiffen, wenn die Parthey das Protocoll unterschrieben hat 34). Diese Meinung hat der Freyhr. von **Wernher** bereits gründlich widerlegt 35), und ich füge nur noch dieses hinzu, daß meines Erachtens dieser Fall eben so, wie der vorhergehende, zu beurtheilen sey. Ist die Vorlesung gar nicht, oder nicht gehörig geschehen, so kann die Unterschrift allein die Eydesdelation nicht ausschliessen. Sodann ist auch bey einem unterschrie-

33) Böhmers I. E. P. Lib. II. Tit. 19. §. 33.

34) Hommels Rhapſ. Obſ. 20.

35) P. V. Obſ. 218. Reinharth cit. obſ.

schriebenen Protocoll noch immer der Fall möglich, daß nachher darin Veränderungen gemacht worden sind. Endlich schränken einige Rechtslehrer die Zuläßigkeit einer Eydesdelation über eine gerichtliche Registratur nur auf den Fall ein, wenn sie von dem Gerichtsschreiber allein, nämlich in Abwesenheit des Richters und der Gerichtsschöppen verfertiget worden ist [36]. Nun erhält zwar die ohnehin starke Vermuthung für die Glaubwürdigkeit gerichtlicher-Protocolle dadurch allerdings ein neues Gewicht, wenn ihr vollends das Zeugniß des zugegen gewesenen Richters und wohl auch der Gerichtsschöppen beytritt. Deswegen kann aber doch der Beweis des Gegentheils nicht ganz ausgeschlossen werden [37], und man kann nicht allgemein annehmen, daß ein in richterlicher Gegenwart niedergeschriebenes Protocoll über alle Zweifel erhaben sey. Wie nun, wenn der Gerichtsschreiber das Protocoll nicht vorgelesen hat? So können die Gerichtspersonen, der Wahrheit gemäß, als Gegenwärtige aufgeführt und doch ihnen, was der Gerichtsschreiber würklich niedergeschrieben hat, unbekannt geblieben seyn. Und kann nicht ein pflichtvergessener Gerichtsschreiber, wenn er, wie oft geschieht, das Protocoll in seiner Verwahrung behält, auch nachher in dem, in Gegenwart der Gerichtspersonen, vorgelesenen Protocoll Zusätze und Verände-

36) Schwarzenberg in der angef. Abh. §. 12.

37) v. Wernher P. I. Obs. 12. num. 1. 2.

änderungen machen? Was hindert es also, ihm auch in diesem Falle den Eyd zu deferiren, vorausgesetzt, daß erhebliche Anzeigen wider ihn vorhanden sind?

§. 7.

Es ist noch die dritte Frage übrig, ob auch dem Richter über die Wahrheit des Protocolls der Eyd zugeschoben werden darf? Daß hier nicht die Rede von einem Richter sey, welcher die Stelle eines Gerichtsschreibers zugleich mit versieht, braucht kaum bemerkt zu werden. Der Gegenstand der Frage besteht nur darinn, ob dem Richter eben so, wie dem Gerichtsschreiber der Eyd über ein in seiner Gegenwart und unter seiner Auctorität gefertigtes Protocoll deferirt werden könne? Nun möchte es scheinen, daß dieses ohne Einschränkung erlaubt sey. Man könnte nach der Analogie schließen, weil der Eyd, sowohl dem Verfertiger des Protocolls, als dem Gegentheil deferirt werden darf. Nun ist aber die protocollirte Handlung vor Gericht und in des Richters Gegenwart vorgegangen. Er muß also nothwendig wissen, ob der Gerichtsschreiber alles richtig niedergeschrieben und ob die Partheyen dasjenige würklich gesagt haben, was protocollirt worden ist? Die Sorge, daß die Gerichtsacten getreulich und fleißig niedergeschrieben werden, macht einen Theil der richterlichen Pflichten aus [38]. Der Richter muß also

38) Heeser de actis iudicial. Cap. I. num. 171. sqq.

also für die Wahrheit der Protocolle mit stehen. Warum sollte ihn der Eyd über deren Richtigkeit nicht deferirt werden können?

§. 8.

Bey Beantwortung dieser Frage kommt es meines Erachtens darauf an, ob der Richter im Grunde der Urheber des Protokolls ist, welches der Gerichtsschreiber blos nach seinem Willen niedergeschrieben hat, oder ob der Letztere dessen wahrer Verfasser ist? Es geschieht nämlich öfters, daß der Richter, nachdem er den Vortrag der Partheyen angehört hat, dem Actuar die Materialien des Protocolls an die Hand giebt. Er dictirt ihm wohl gar, zumal wenn die Geschicklichkeit des Gerichtsschreibers sehr mittelmäßig ist, das ganze Protocoll. Er macht zuweilen wesentliche Aenderungen in dem von dem Actuar gefertigten Protocoll. In allen diesen Fällen kann es, wie ich glaube, keinen Anstand haben, dem Richter über die Richtigkeit des Protocolls den Eyd zu deferiren. Er kann so gut, wie der Actuar den Vortrag der Partheyen mißverstanden haben, oder sich durch Leidenschaften haben hinreissen lassen, Unrichtigkeiten zu begehen. Wenn nun in einem dieser Fälle eine Parthey behauptet, daß die Handlung anders, als sie geschehen, niedergeschrieben worden, so würde es offenbar zweckwidrig seyn, dem Gerichtsschreiber den Eyd zuzuschieben, da das von ihm niederge-

schriebene Protocoll, oder die darinn gemachte Abänderung nicht sein, sondern des Richters Werk ist, und er über den Irrthum, oder das Versehen eines Dritten nicht schwöhren kann. Sobald hingegen das Protocoll würklich von dem Actuar verfaßt ist, so kann nur diesem, nicht aber dem Richter der Eyd darüber deferirt werden. Denn, obschon dem Richter die Aufsicht über die Gerichtsacten nicht abgesprochen werden kann, so ist es doch eigentlich seine Sache nicht, die Wahrheit der Protocolle und Registraturen zu verbürgen, als wozu der Gerichtsschreiber verpflichtet ist [39]). Nur dieser kann, wegen seiner eigenen Handlung in Anspruch genommen werden. Deswegen ist auch nur der Verfasser des Protocolls schuldig [40]), einer Parthey den Schaden zu ersetzen, den sie durch ein unrichtig geführtes Protocoll erlitten hat.

39) Heeser l. c. Cap. I. num. 362. sqq. Stryks tract. de cautelis iuramentorum P. II. Sect. I. Cap. 2. num. 131. Stryk ad Lauterb. in Mollenbecs thesauro iuris civilis p. 1294.

40) Mynsingers Schol. ad Instit. pr. tit. de oblig. quae ex quasi delicto num. 5.

XII.

XII.

Ein Fall aus dem peinlichen Rechte, betreffend eine Mutter, die ihr uneheliches Kind hat erfrieren lassen.

§. 1.

Die Inquisitin Catharina Sophia Blauin, von Neuhüttendorf, 48 Jahre alt, ist wegen Kindermords bey dem Fürstl. Bayreuthischen Amt zu Lauenstein im Jahre 1785 in Untersuchung gerathen. Sie hatte sich bereits 1766 mit dem Gränzschützen Adler unzüchtig vergangen, und ist damals mit Geld abgestraft worden. Im Jahre 1769 war sie wieder schwanger, gab einen gewissen Burkhard zum Schwängerer an, der es aber läugnete, und wurde auf anderthalb Jahre aus dem Amte geschafft. Sie verunkeuschte sich weiter 1772 mit einem Ehemanne zu Lichtenberg, Namens Beyer, und wurde des Landes verwiesen. Im J. 1775 begieng sie zu Lauenstein Felddieberey, worauf sie mit der Geigenstrafe belegt und abermals fortgeschafft wurde. Sie schlich sich aber das Jahr darauf wieder ein, und kam mit einem unehelichen Kinde nieder, dessen Vater ein Ehemann, Döberich aus Waitsberg war, weswegen sie, nach abgeschworner Urphede, nochmals des Landes verwiesen wurde. Allein im J. 1778 wurde sie von neuem im Amte Lauenstein von einem Ehemanne, Golitzer zu Schmidebach, schwanger

angetroffen und darauf auf unbestimmte Zeit ins Zuchthaus zu Bayreuth gebracht, wo sie zehen Monate gesessen ist. Im J. 1785 wollte sie Johann Georg Dornheim zu Lauenstein heyrathen und sie bat um die Erlaubniß, sich zu Lauenhayn niederlassen zu dürfen. Es wurde aber ihr Gesuch von Hochfürstl. Regierung, laut Rescripts vom 14. Jan. 1785, mit der Bedrohung abgeschlagen, daß sie bey nochmaliger Zuchthausstrafe, sich nicht im Lande einfinden soll. Indessen war sie von eben diesem Dornheim schwanger. Sie gestund in den mit ihr vorgenommenen Verhören in Güte, daß sie ihre Schwangerschaft weder dem Amte, noch den Ihrigen entdeckt, vielmehr auf Befragen verläugnet habe, welche Verheimlichung auch durch die Aussage ihrer Schwägerin, Even Elisabethen Blauin, bestätiget worden ist.

§. 2.

Sie bekannte weiter freywillig, daß sie am 21. Nov. 1785 am Mosenberg, unweit ihres Bruders Hause, Abends um 5 Uhr, ihr Kind, ohne Jemands Beyseyn, zur Welt gebracht, und solchem mit dem Messer die Nabelschnur abgeschnitten, diese aber, obwohl nicht in böser Absicht, unverbunden gelassen habe. Sie habe das Kind, welches anfänglich genug und sehr geschrien, in ihre Schürze gewickelt und sey damit ein oder zwey Stunden auf der Stelle sitzen geblieben, wo sie es gebohren. Sie wäre sodann mit dem noch immer

leben

lebenden und schreyenden Kinde in den Garten hineingegangen, habe dasselbe aus der Schürze herausgenommen, in eine allda auf der Stange gehangenen Kopf- oder Kissenzüge gewickelt und liegen lassen, worauf sie sich in die Stube begeben, nach einer guten Viertelstunde wieder hinausgegangen und nachgesehen habe, wo sie aber das Kind nunmehr erfroren angetroffen hätte. Solches habe sie an einem Apfelbaume bis den folgenden Morgen liegen lassen, hernach aber unweit ihres Bruders Hause an einen Wiesenrein vergraben und mit Steinen verdeckt. Man fand auch das Kind an dem angegebenen Orte, mit drey Steinen auf den Kopf, dem Leibe und den Füssen belegt und mit mehrern Steinen bedeckt. Uebrigens bekannte die Inquisitin, daß sie die Ursache an dem Tode ihres Kindes sey, und daß sie zu dem Ende, um draussen und unter freyen Himmel gebähren zu wollen, vorsetzlich zu Hause fortgegangen sey. Das medicinische Gutachten gieng dahin, daß das Kind lebendig zur Welt gekommen, und vermuthlich an einen Ort gebracht worden sey, wo es hat ersticken müssen. Nachdem nun die General- und Specialuntersuchung geschlossen und die Inquisitin mit ihrer Vertheidigung gehört worden, so wurden die Acten, auf Befehl der Regierung, hieher geschickt, um ihre Strafe zu bestimmen.

§. 3.

Der Defensor beschuldigte zuförderst das Amt, welches die Untersuchung verführte, verschiedener Fehler und Illegalitäten. Der erste Vorwurf, daß das Amt der Inquisitin heimliche Niederkunft und die daraus entstandenen Folgen gar wohl hätte verhüten können, war auch nicht ganz ungegründet. Dasselbe hatte der Blauin Schwangerschaft, ungefähr 6 Wochen vor ihrer Niederkunft, in Erfahrung gebracht. Man ließ zwar die Inquisitin einmal vorladen. Da sie aber damals nicht, sondern nachher an einem Tage erschienen ist, wo sie wahrscheinlich wußte, daß der Beamte verreist gewesen, so ließ man es dabey bewenden, ohne sie nochmals holen und durch eine Hebamme visitiren zu lassen. Wäre dieses geschehen, so hätte man wegen ihrer Schwangerschaft leicht auf mehrern Grund kommen und alsdann die Inquisitin bis zu ihrer Niederkunft entweder in Arrest behalten, oder ihren Anverwandten zur genauen Aufsicht und Obsorge übergeben können. Die übrigen Vorwürfe hingegen bestunden darinn, daß a) die Inquisitin, nachdem sie dem Landknecht den wahren Ort, wo sie ihr Kind hingelegt, entdeckt, über diesen Umstand nicht selbst vor besetztem Gerichte vernommen, sondern blos die Erzählung des Landknechts niedergeschrieben worden, b) daß die Aufhebung des Kindes vom Beamten allein und nicht mit Zuziehung des Gerichtsschreibers und zweyer

Schöp-

Schöppen geschehen, c) aus den Acten nicht ersichtlich sey, wo das Kind von der Aufhebung an bis zur Section aufbewahrt worden, d) daß man das vorgefundene Kind der Inquisitin nicht zur Recognition vorgelegt habe, e) daß die Inquisitionsartikel nicht gehörig verabfaßt wären, indem einige zu viele Umstände und sogar Suggestionen enthielten, andere dunkel wären, auch in den Fragen auf die persönliche Beschaffenheit der Inquisitin, die Milderungsursachen, die Kenntniß von der Strafbarkeit der Handlung, besonders auf die Bestimmung des Vorsatzes, kein Bedacht genommen worden sey. Der Defensor hielt diese Mängel für so unheilbare Nichtigkeiten, daß, seiner Meinung nach, der ganze Proceß hätte cassirt und eine neue Untersuchung angefangen werden sollen.

§. 4.

Hiernächst grief der Defensor das Corpus delicti an. Er bemerkte, daß in den Acten nicht gehörig bescheinigt sey, ob der zur Section gebrauchte Arzt nebst dem Wundarzt zu dieser Handlung beeidiget gewesen. Wider das ausgestellte visum repertum machte er die Erinnerung, daß solches kein mit medicinischen Gründen unterstütztes Gutachten enthielte, wie und auf welche Art das Kind ums Leben gekommen sey? Der Defensor bezweifelte, daß das Kind lebendig zur Welt gebohren worden und behauptete, die Inquisitin habe auf den 86. Art. blos darum das Leben und starke

Schreyen des Kindes gestanden, um die Beschuldigung, daß sie dem Kinde zur Verwehrung des Schreyens den Mund zugehalten, zu widerlegen. Im Fall man aber auch annehmen wollte, es sey das Kind lebendig zur Welt gekommen, so wäre doch weder durch das medicinische Gutachten, noch durch der Inquisitin Geständniß erwiesen, daß sie an dem Kinde eine Gewaltthätigkeit verübt habe, weil sie das Kind erstickt zu haben, jedesmal auf das standhafteste widersprochen hätte. Eben so wenig könne der Inquisitin die unterlassene Verbindung der Nabelschnur zur Last gelegt werden, da solches theils nicht vorsetzlich geschehen, theils selbst nach dem viso reperto keine tödtliche Verblutung daraus erfolgt wäre. Auch der Inquisitin eigenem Angeben, daß das Kind erfroren sey, wollte der Defensor keinen Glauben beylegen. Er führte an, daß zu der Zeit, als das Kind zur Welt gebohren worden, die Kälte noch nicht so groß gewesen sey. Die Inquisitin habe das Kind in die Schürze gewickelt, und wenn sie gleich damit ein oder zwey Stunden auf dem Fleck, wo sie gebohren, sitzen geblieben, so habe sich doch, da sie das Kind an sich liegen gehabt, ihre Wärme dem Kinde mitgetheilt. Während der kurzen Zeit von einer Viertelstunde, als sie das Kind, und noch überdieß in eine Züge eingewickelt, im Garten liegen lassen, habe keine tödtliche Erstarrung erfolgen können. Vielmehr sey zu vermuthen, daß das Kind an einem Steck- oder Schlagflusse müsse gestorben seyn.

§. 5.

§. 5.

So bald man hingegen annimmt, daß das Kind auf die von der Inquisitin angegebene Art um das Leben gekommen und also erfroren sey, so scheint es keinem Zweifel unterworfen zu seyn, daß sie ihr Kind vorsetzlich habe erfrieren lassen. Sie hat ihre Schwangerschaft verläugnet. Nicht nur ihre Schwägerin hatte ausgesagt, daß sie der Inquisitin über ihre Schwangerschaft öfters Vorhalt gemacht, diese aber niemals etwas eingestanden habe; sondern auch die Inquisitin selbst bekannte, sowohl in dem summarischen Verhör, als Art. 8. und 20, daß sie ihre Schwangerschaft niemand und auch der Obrigkeit nicht angezeigt und entdeckt habe. Sie gestund, daß sie auf des Amts Vorladung, wegen des entstandenen Gerüchts ihrer Schwangerschaft, ungehorsamlich ausgeblieben, hernach aber wie sie sich an dem Tage, wo der Beamte verreist gewesen, eingefunden, in dessen Haus ihre Schwangerschaft unter dem Vorwande, daß sie schon zu alt sey, geläugnet habe. Nun pflegt aber die vorsetzliche Verheimlichung der Schwangerschaft unter die nächsten Anzeigen des vorgehabten Kindermords gerechnet zu werden [1]). Die Inquisitin ist ferner vorsetzlich allein und ohne Beyhülfe niedergekommen, und hat sowohl ihre

1) Böhmers element. iurispr. criminal. Sect. I. §. 124. Christ. Fried. Georg Meisters principia iuris criminalis §. 599.

ihre Niederkunft zu verheimlichen, als das Kind zu verbergen gesucht. Diese Umstånde machen wieder sehr starke Anzeigen aus, aus welchen sich auf einen boshaften Vorsatz, das Kind zu tödten, schließen läßt [2]). Der Inquisitin Schwägerin hatte angegeben, daß jene an dem Abend, wo sie gebohren, und sich schon eben so gebehrdet, als eine Frau, die zur Niederkunft Wehen bekommt, wider Vermuthen weggewesen sey, und wie sie nach Verlauf beynahe zweyer Stunden wieder gekommen, auf Befragen, wo sie jetzt in der Nacht gewesen sey, geantwortet habe, daß sie beym Müller Bleyer gewesen wäre, welches Vorgeben doch unwahr befunden worden. Auch gestund die Inquisitin Art. 88. ausdrücklich, daß sie vorsetzlich, um unter freyen Himmel gebähren zu wollen, zu Hause fortgegangen sey. Sie hat auch, nachdem sie bereits arretirt gewesen, noch in Gerichten vorgegeben, wie sie von einer ihr beschuldigten Schwangerschaft nichts wisse, und Art. 23. eingeräumt, daß sie den Tag nach ihrer Niederkunft der Landknechtsmagd ihr voller Geblüt gewesenes Hemd gezeigt und dabey geäußert habe, wie man ihr zwar nachrede, schwanger zu seyn, sie habe aber, wie es ihr Hemd zeige, ihre Natur. Sie hat ferner Anfangs den Ort, wo ihr Kind wirklich gelegen, zu verbergen gesucht, indem sie das Amt vergeblich auf die Höhe des Rosenbergs, unter dem falschen Vorgeben, daß dort ihr

2) C. C. C. Art. 131. Heils index et defensor Cap. 5. §. 27.

ihr Kind sey, gesprengt hat. Hauptsächlich aber kam in Betrachtung, daß die Inquisitin Art. 77. freymüthig bekannte, daß sie Ursache an des Kindes Tode sey, und dieses Geständniß Art. 84. mit den Worten wiederholte: Ja, sie verbleibe dabey, daß es so geschehen sey. Es schien also an dem Beweis, daß Inquisitin ihr Kind vorsetzlich habe erfrieren lassen, vermöge ihres eigenen Geständnisses, nichts zu fehlen und dahero auch kein Zweifel vorhanden zu seyn, die Inquisitin mit der in der Brandenburgischen reformirten Halsgerichtsordnung, Art. 158, bestimmten ordentlichen Strafe der Weiber, so ihre Kinder tödten, zu belegen.

§. 6.

Um nun auf die Entscheidungsgründe zu kommen, so ist zwar nicht zu läugnen, daß bey der Untersuchung nicht alles so ganz in der Ordnung gegangen ist, und daß in einigen Stücken mehrere Pünctlichkeit zu wünschen gewesen wäre. Allein die von dem Defensor gerügten Fehler bestunden doch insgesammt in keinen so unheilbaren Nichtigkeiten, daß es nöthig gewesen wäre, den ganzen Proceß wieder aufzuheben, und die Untersuchung von forne anzufangen. Denn ad a) hat zwar das Amt der Inquisitin Angabe des wahren Orts, wo sie ihr Kind hingelegt, nur aus der Erzählung des Landknechts protocollirt. Aber dieser verpflichtete Mann hatte doch seine Nachricht von niemand anders, als der Inquisitin, und man fand das Kind würklich

an dem Orte, welchen der Landknecht aus ihrem Munde angegeben hatte, und den nur sie allein wissen konnte. Auch konnte ad b) nichts hindern, das die Aufhebung des Kindes von dem Beamten allein, ohne Zuziehung des Actuars und der beyden Schöppen geschehen ist, da eine solche Handlung auch von dem blos bürgerlichen Richter des Orts geschehen kann [3]). Es war nicht unumgänglich nöthig, daß das ganze Gericht versammelt war, sondern genug, daß hernach bey der Besichtigung und Section, nebst dem Beamten, auch die beyden Gerichtsschöppen und der Gerichtsschreiber zugegen waren. Sodann hatte ad c) daß Amt die rechtliche Vermuthung für sich, daß es das Kind von der Aufhebung an, bis zur Section, gehörig werde verwahret haben, zumal sich auch in den Acten keine Spur gefunden, daß an dem Kinde irgend eine Verletzung vorgegangen wäre. Weil ferner ad d) das Kind an dem nur der Inquisitin bekannten Orte, den sie dem Landknecht und dieser dem Amte anzeigte, würklich gefunden worden ist, so war für diesmal die unterbliebene Vorlegung des Kindes zur Recognition unbedenklich. Denn unter diesen Umständen konnte das Kind kein anders, als das ihrige, seyn. Uebrigens waren ad e) die gegen die meisten Artikeln gemachten Ausstellungen, theils ganz ungegründet, theils betrafen sie entweder Umstände, worauf es in der Hauptsache nicht

ankam,

3) Engau elementa iuris criminalis Lib. II. §. 76.

ankam, oder wo die Sache dem ungeachtet so klar war, daß es einer nochmaligen Vernehmung der Inquisitin über anders formirte Artikel nicht bedurfte.

§. 7.

Des Defensors Einrede gegen den bey der Section gebrauchten Arzt und den Wundarzt, ist blos dadurch veranlaßt worden. Weil das Kind vom 22sten bis 27sten Nov. vergraben gewesen, mithin Gefahr auf den Verzug gehafftet hat, und wegen der Entlegenheit des Orts Lauenstein in der Geschwindigkeit aus den Fürstlichen Bayreuthischen Landen kein Arzt oder Wundarzt zu bekommen waren, so nahm man Auswärtige. Nun war der Arzt nicht nur Doctor der Medicin, der seinen Doctor-Eyd auf sich hatte, sondern beyde waren zur Herzogl. Sächsis. Stadt und Amt Gräfenthal verpflichtete Männer, der eine als Stadt- und Amts-Physicus und der andere, als Chirurgus. Der allgemeine Eyd, welchen solche Personen bey dem Antritt ihres Amts ablegen, erstreckt sich auf alle künftige in ihr Amt einschlagende Verrichtungen, und es bedarf in der Folge keiner besondern Verpflichtung zu einzelnen Handlungen [4]). Ihre, auf einen Eyd sich gründende Glaubwürdigkeit tritt billig auch alsdann ein, wenn sie auswärts

4) Kressens Comment. in C. C. C. ad Art. 149. §. 1. num. 3. Hommels Rhaps. Obs. 211. art Medicus. Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts II. Th. 10. Abschn. §. 604.

wärts requirirt werden, und es ist genug, wenn sie angewiesen werden, die Section auf ihre abgelegte Amtspflichten zu verrichten. Das in unserm Falle ausgestellte visum repertum war zwar nicht, wie sonst gewöhnlich ist, ein durchgehends förmlich mit medicinischen Gründen unterstütztes Gutachten. Es enthielt aber doch das selbst auf Gründe aus der Arzneygelahrtheit gebaute ganz bestimmte Urtheil, daß das Kind lebendig zur Welt gekommen, und der Arzt äußerte seine Vermuthung deutlich, es möchte das Kind vielleicht an einen Ort gebracht worden seyn, wo es hat ersticken müssen. Hiernächst hatte die Inquisitin das Leben des Kindes, wie schon gedacht, auf das deutlichste eingestanden. Des Defensors Vorgeben, daß sie solches blos darum gestanden habe, um den ihr gemachten Vorwurf, das Kind durch Zuhaltung des Mundes erstickt zu haben, abzulehnen, ist schon an sich ganz unwahrscheinlich. Es konnte aber um so weniger statt finden, weil sie in der Folge, wo nicht mehr die Rede von dieser Beschuldigung, sondern davon war, wie sie bis zur gänzlichen Erfrierung des Kindes zu Werke gegangen? noch immer dabey verblieben ist, daß das Kind gelebt und geschrien habe.

§. 8.

Der Inquisitin umständliche Erzählung, wie ihr Kind erfroren sey, verdiente in allem Betracht Glauben. Das Kind wurde am 21. Nov. zu einer

Jahrs-

Jahrszeit, wo die Kälte schon groß seyn kann, noch überdieß bey später Abendzeit unter freyem Himmel gebohren. Daß die Kälte damals wirklich beträchtlich war, ließ sich aus der Bemerkung in den Acten schliessen, daß wegen des bisherigen Frostes das Kind bey der Aufhebung noch ganz frisch ausgesehen habe. Das Kind wurde ein bis zwey Stunden in einer blosen Schürze von der Inquisitin gehalten, dann erst in den Garten getragen, dort in eine blose Züge gewickelt, und eine gute Viertelstunde lang frey liegen gelassen. Unter solchen Umständen ist es leicht glaublich, daß die Kälte einem neugebohrnen Kinde einen Steckfluß habe zuziehen können [5]). Hiernächst war durch das visum repertum eine an dem Kinde verübte Gewaltthätigkeit nicht erwiesen, auch daraus zu ersehen, daß die unterbliebene Verbindung der Nabelschnur keine tödtlichen Folgen gehabt. Wenn nun gleich von dem Arzte vermuthet wird, daß das Kind möchte an einen Ort gebracht worden seyn, wo es habe ersticken müssen, so hat doch eines Theils der Arzt diese Meinung für nichts mehr, als eine Vermuthung, und daß es vielleicht so könnte geschehen seyn, ausgegeben; andern Theils ist zu bemerken, daß es bey Kindern schwerer, als

5) Baumers medicina forensis P. VI. Cap. 14. §. 48. infantes recens nati aeris frigidi iniuriis facile corripiuntur. Ploucquets Abh. über die gewaltsame Todesarten I. Abschn. 4. Kap. §. 137. Ludwigs institutiones medicinae forensis §. 266.

als bey Erwachsenen fällt, ein Urtheil über das Ersticken zu fällen, weil nicht nur die Zeichen der Erstickung an und vor sich selbst zweifelhaft sind, sondern man auch bey selbst entstandenen Erstickungen Zeichen antrifft, die denen bey gewaltsamen ähnlich sind [6]). Sodann steht aber auch das Gutachten des Arztes mit der Erzählung der Inquisitin in keinem wahren Widerspruche, indem er doch immer eine Erstickung annimmt, und solche von dem Orte herleitet, wo das Kind möchte hingebracht worden seyn, nun aber kann durch die Erkältung des Kindes allerdings ein Steckfluß seyn bewirkt worden. Denn es giebt Zeichen der Erstickung, die auch bey erfrornen Kindern vorhanden seyn können [7]). Insbesondere waren die in dem Sectionsbericht angegebene Kennzeichen, worauf sich das medicinische Gutachten gründete, von der Art, daß sie auch bey einem Steckfluß, der durch die Erkältung verursach't worden, vorkommen können [8]).

§. 9.

6) Ploucquet 2. Abschn. 1. Cap. §. 168. Ludwig §. 308.

7) Ludwig §. 261. his quidem signis aliqua fallacia accedit, cum et illi infantes, qui subitaneo frigore enecantur, vel laborioso partu eduntur, quaedam ex iis prae se ferre possunt.

8) Passend ist folgende Stelle Ludwigs §. 301. wegen ihrer Aehnlichkeit mit den in dem Sectionsbericht vorgekommenen Kennzeichen, doctrina (de morte ex suffocatione et eius signis) propter similitudinem suffocatorum cum apoplecticis et catarrho suffocativo oppressis, difficilior est, horum enim omnium auricula et ventriculus anterior intumescunt, et praeter

§. 9.

Was nun den Hauptpunct betrift, ob Inquisitin ihr Kind vorsetzlich habe erfrieren lassen, so war dieser Vorsatz weder von ihr auf eine gesetzmäßige Art eingestanden, noch konnte sie deswegen hinlänglich überführt werden. Sie antwortete Art. 77. auf die Frage: ob sie nicht bekennen müsse, daß solches, nämlich das Kind erfrieren zu lassen, vorsetzlich geschehen sey? nur soviel: sie müsse bekennen, daß sie Ursache an des Kindes Tod sey. In diesem Bekenntniß lag kein klares und deutliches Geständniß des Vorsatzes, da auch derjenige, welcher sich überzeugt fühlt, ein Kind verwahrloßt zu haben, sagen kann, daß er Ursach an des Kindes Tod sey. Nachher wurde ihr Art. 84. folgende Frage vorgelegt: Inquisitin habe bey vorgestrigen Verhör eingestanden, daß sie ihr neugebornes Kind vorsetzlich habe erfrieren lassen, somit Schuld an dessen Tod habe, ob sie dem noch geständig sey? Hierauf hat sie geantwortet: Ja, sie verbleibe dabey, daß es so geschehen sey. Aber auch diese Antwort enthält kein Geständniß des Vorsatzes. Man sieht deutlich, daß der Beamte, der Inquisitin Antwort auf den 77. Art. gerade zu für ein Geständniß derselben, daß sie ihr Kind vorsetzlich habe erfrieren lassen, angenommen, und den eigentlich von ihr gebrauchten Worten,

ter sanguinem in variis corporis partibus stagnantem, venae iugulares et vasa piae matris vehementer intumescunt.

daß sie Ursache an des Kindes Tod sey, diesen Sinn beygelegt habe. In dieser Voraussetzung formirte er den 84. Art. so, wie er lautet, und hielt darin einen noch nicht eingestandenen Punct für eingestanden. Die Inquisitin selbst aber, hat dadurch, daß sie auf diesen Art. gesagt, sie bleibe dabey daß es geschehen sey, nicht mehr und nicht weniger eingestanden, als sie beym 77. Art. eingeräumt hat, nämlich, daß sie Ursache an des Kindes Tod sey. Vielmehr hat sie dem Verdacht, daß sie ihr Kind vorsetzlich umgebracht, immer standhaft in den Acten widersprochen. So antwortet sie Art. 52. sie habe ihr Kind nicht vorsetzlich sterben lassen, und Art. 70. Nein, dieses könne sie nicht gestehen, daß sie ihr Kind vorsetzlich habe erfrieren lassen.

§. 10.

Eben so wenig war sie, dieses Vorsatzes halber, überführt. Der Umstand, daß Inquisitin ihre Schwangerschaft verheimlicht hat, macht zwar einen Verdacht aus, woraus aber nicht nothwendig folgt, daß sie solches in der Absicht, dereinst ihr Kind umzubringen, gethan habe. Denn eine solche Weibsperson kann auch andere, Entschuldigung verdienende, Ursachen zur Verheimlichung haben [9]). Die Inquisitin ist in den Acten immer dabey verblieben, daß sie nicht in böser Absicht ihre Schwangerschaft niemand entdeckt, vielmehr, wie sie

9) von Böhmers Meditationes in C. C. C. pag. 576.

sie im summarischen Verhör angegeben, den Vorsatz gehabt habe, mit dem Kinde, da die Welt groß sey, nach ihrer Niederkunft, so wie sie es mit dem Döbrichischen Kinde gethan, fortzugehen, und daß sie lediglich aus Furcht ihre Schwangerschaft nicht entdeckt habe. Sie hat unter andern Art. 9. auf die Frage: warum sie das Herz nicht gehabt, solches zu entdecken? geantwortet, es sey ihr ohnedem schlimm genug gegangen, und wenn sie gesagt, daß sie schwanger wäre, so glaube sie gar, man würde sie aufgehenkt haben. Ihre Angabe, daß sie nicht aus einem auf das Leben ihres Kindes gefaßten sträflichen Vorsatz, sondern blos aus Furcht für der Obrigkeit und ihren Verwandten sowohl ihre Schwangerschaft verheelt habe, als auch heimlich niedergekommen sey, war nicht unwahrscheinlich, wenn man bedenkt, daß sie als eine des Landes und Amts verwiesene Person, sich nur heimlich bey ihrer Mutter in des Bruders Hause aufgehalten, und dahero, da schon ihr Aufenthalt verbotswidrig war, sich um so mehr fürchten mußte, wenn vollends herauskam, daß sie sich abermals schwanger befinde. Auch hatte die Inquisitin eine schlimme Behandlung von ihren Anverwandten, zumal von ihrer Schwägerin, die nach den Acten eben nicht die beste Gesinnung gegen sie äusserte, nicht unbillig zu befürchten, wie sie denn auch Art. 78. als eine dem Amt bekannte Sache mit einfließen lassen, daß ihre Schwägerin ihr schlechterdings keinen Auffenthalt mehr im Hause gestattet, und daß man

auf derselben Ansuchen sie von Amtswegen habe hinaus schaffen lassen. Hiernächst ist es zwar andem, daß die Inquisitin ihre Niederkunft und den wahren Ort, wo sie ihr Kind vergraben, nicht gleich auf die erste Frage gestanden. Es kommt aber dagegen in Betrachtung, daß sie doch noch an dem nämlichen Tage, wo sie in Verhaft genommen wurde, der Hebamme und gleich darauf dem Amt ihre Niederkunft gestanden, und in der nächstfolgenden Nacht auch dem Landknecht den wahren Ort, wo ihr Kind gelegen, angezeigt hat. Selbst aus der Art, wie die Inquisitin mit dem Kinde umgegangen, konnte man schließen, daß sie es mehr verwahrloset, als die Absicht, es zu tödten, gehabt habe. Sie hat das Kind nicht am Mesenberg, wo sie niedergekommen ist, liegen lassen, da doch dieser Ort, wenn sie die Absicht gehabt hätte, es sterben zu lassen, zur Ausführung eines solchen Plans ganz bequem würde gewesen seyn. Sie hat es, ungeachtet das Kind noch gelebt und geschrien, in den an ihres Bruders Haus gelegenen Garten gebracht, und, so viel ihr in ihren damaligen Umständen möglich war, vor der Kälte zu verwahren gesucht. Furcht für Schande, ein sonst bey Kindermörderinnen so häufiger Beweggrund, konnte es wohl schwerlich bey einer Weibsperson seyn, die schon so viele uneheliche Kinder gehabt, mit Geldstrafen, Verweisung aus dem Amt und Land belegt worden, und eine Zeitlang im Zuchthause gesessen ist, und welche diesmal noch die Hoffnung hatte, ihren Schwängerer

zum Ehemann zu bekommen. Eben so wenig konnte Noth und Mangel die Inquisitin zum Kindermord veranlaßt haben. Denn wenn sie gleich Art. 78. angegeben, daß sie nicht gewußt, wo sie mit dem neugebornen Kind, zumal bey bevorstehendem Winter, Nahrung und Unterhalt finden sollen, so antwortete sie doch wieder Art. 53. auf die Frage: ob sie Armuth zu solchem Schritt getrieben? geradezu: auch dieses nicht, denn wo ihre drey noch lebende Kinder hingekommen, wäre dieses auch hingekommen und versorgt worden. Ueberhaupt lernt man die Inquisitin aus den beygelegten Acten als eine Person kennen, der die Ernährung ihrer unehelichen Kinder keinen sonderlichen Kummer gemacht. Diesen konnte sie auch bey ihrem letzten Kinde um so weniger haben, da zur Zeit der Geburt desselben zwey von ihren unehelichen Kindern schon verstorben und die andern drey versorgt waren, sie auch zu dem letzten, wie schon gedacht, gerade einen Schwängerer hatte, der sie heyrathen wollte.

§. 11.

Wenn man alles, was wegen des Todes dieses Kindes in den Acten vorkommt, zusammen nimmt, so ergiebt sich daraus dieses Resultat. Die Inquisitin hat sich, nachdem sie von den Geburtsschmerzen überfallen worden, lediglich aus Furcht vor ihren Verwandten und sonderlich der Schwägerin, nicht getraut, in ihres Bruders Hause niederzukommen, und hat daher

lieber unter freyen Himmel gebähren wollen. Sie ist daselbst ein oder zwey Stunden mit dem in ihre Schürze gewickelten Kinde, blos darum sitzen geblieben, weil sie das Herz nicht gehabt, das Kind in ihres Bruders Haus zu tragen, und nicht gewußt, was sie nun damit machen soll, da alle ihre vorhin gemachten Versuche sich zu verheyrathen und ehrlich niederzulassen, fruchtlos gewesen sind. Sie hat sich nämlich mit ihrem Schwängerer, dem Dornheim, verheyrathen und zu Lauenhayn, einem im Amte Lauenstein gelegenen Orte, niederlassen wollen. Es wurde aber solches, wie schon oben angeführt worden ist, nicht verstattet. Eben so ist ihr auch der anderweite Versuch, sich in Lehsten zu etabliren, weil sie das um 90 fl. gekaufte Häuschen nicht bezahlen konnte, nicht gelungen. Sie hat, weil sie ihr Kind nach ihrer wiederholten Versicherung Art. 75. 77. 78. so sehr gereuet, sich zwar endlich doch entschlossen, solches in des Bruders Garten zu tragen und daselbst in eine Züge gewickelt hinzulegen. Bevor sie aber einen weitern Entschluß gefaßt, begab sie sich vorerst in das Haus, um sich daselbst umzusehen. Nachdem sie aber eine Viertelstunde darin verweilet, so fand sie das Kind tod und erfroren. Sie hat also das neugeborne Kind, nachdem es binnen dem Zeitraum von ohngefähr $2\frac{1}{2}$ Stunden in der damaligen Jahreszeit der Kälte ausgesetzt gewesen, obwohl ohne den Vorsatz, daß es sterben soll, gehabt zu haben, als dessen sie weder geständig, noch hinlänglich überführt

ist,

ist, in der Bestürzung, Furcht und Ungewißheit, was sie mit dem Kinde machen soll, auf eine zwar immer höchst sträfliche Weise, lediglich verwahrloset und dadurch den Tod des Kindes veranlaßt. Hiermit stimmen auch der Inquisitin Angaben in den Acten durchaus überein. Denn so sagte sie Art. 54. freilich aus Furcht thue man was anders, und Art. 73. 74. 87. das Kind sey erfroren, weil sie es so lange blos in der Schürze eingewickelt herumgetragen, da sie nicht gewußt, wo sie damit hin soll, und das Herz nicht gehabt, solches in ihres Bruders Haus zu tragen.

§. 12.

Unter solchen Umständen konnte Inquisitin mit einer Todesstrafe nicht belegt werden, indem solche nicht anders statt findet, als wenn der Delinquent das Verbrechen auf gesetzmäsige Art gestanden, oder solches vollständig erwiesen ist [10]), nun aber im gegenwärtigen Fall keines von beyden zu behaupten war. Sie hat aber doch ein lebenslängliches Gefängniß gar wohl verdient, da sie ihr Kind auf die gröbste und sträflichste Art verwahrloßte. Die Lage, worin sie sich befand, hat sie des Gebrauchs der Vernunft nicht gänzlich beraubt, und sie mußte wissen, daß ein neugebornes Kind in der Jahrszeit, wo es zur Welt gekom-

 men,

10) C. C. C. Art. 22. Brandenb. ref. P. H. G. O. Art. 28. Kochs institutiones iuris criminalis §. 90.

men, wenn es so lange in elende Schürzen und Zügen eingewickelt, der Kälte Preiß gegeben wird, in Lebensgefahr gerathen müsse. Wenn sie auch aus Furcht für ihre Verwandte sich nicht getraut hätte, das Kind in ihres Bruders Haus zu bringen, so hätte sie es doch wenigstens in ein anderes Haus im Dorfe bringen können. Eben so unverantwortlich war es, daß sie, nachdem sie das Kind erstarrt gefunden, niemand zu Hülfe geruffen, um wenigstens einen Versuch zu machen, ob das Kind nicht noch gerettet werden könne. Ueberhaupt war die Inquisitin eine Dirne, von welcher sich, nach ihrer bisherigen Lebensart, und da die ihr widerfahrnen mehrern Strafen sie nicht bessern konnten, nichts gutes versprechen ließ, wenn sie wieder in Freyheit käme. Es ist ihr daher folgendes Urtheil gesprochen: **Daß Inquisitin, Catharina Sophia Blauin, weil sie geständigermaßen ihr Kind dergestalt verwahrloßt, daß solches erfroren ist, und sie somit Ursache an dessen Tod gewesen, dieses eingeräumten Verbrechens halber, auf Zeitlebens in das Zuchthaus zu bringen und daselbst zur Arbeit anzuhalten, wie sie denn auch die verursachten Kosten, in soweit sie es vermag, zu erstatten schuldig. V. R. W.**

XIII.

XIII.

Rechtliches Gutachten

betreffend die Frage:

Ob derjenige, der seine Sache einem Unterhändler zum Verkauf übergeben, wenn dieser sie gegen den Auftrag und die Absicht des Committenten bey einem Dritten versetzt, und das darauf erhaltene Geld betrügerischer Weise unterschlagen, und davon gegangen ist, die verhandelte Sache mittelst der Eigenthumsklage von dem dritten Besitzer unentgeldlich abzufordern berechtiget sey [1]?

§. 1.

Kurz vor der Ostermesse 1790 kam ein gewisser Kaufmann Abraham zu dem Kaufmann und Juwelenhändler Felix in Fürth, sagte diesem, daß er in Nürnberg ein gewisses Haus wisse, woselbst ein paar Ohrengehänge mit Rosetten gesucht würden, wenn Felix dergleichen hätte, solle er sie ihm um einen bestimmten Preiß in Commission geben. Felix vertrauete ihm wirklich ein paar dergleichen Ohrengehänge zum Verkauf an, und bestimmte dafür den Werth von

1) Im Namen der Facultät nach Fürth verfertiget.

von 500 fl. Um die nämliche Zeit schrieb Abraham auch an einen andern Kaufmann Barnabas ein Billet, worin er diesen ebenfalls ersuchte, ihm seinen brillantenen Medaillon auf zehen bis zwölf Tage mit dem genauesten Preise in Commission zu geben. Barnabas übersandte ohne Bedenken seinen Medaillon an Abraham, und setzte einen Preiß von 70 Carolinen darauf. Als hierauf beyde Committenten auf die Leipziger Ostermesse gereiset waren, schrieb Barnabas von Leipzig an mehrgedachten Abraham, und verlangte von ihm seinen in Commission gegebenen Medaillon, woferne derselbe noch nicht verkauft wäre, zurück, weil er daselbst eine sehr gute Gelegenheit hätte, ihn zu verkaufen. Abraham antwortete ihm aber, daß zwar der Medaillon noch nicht verkauft sey, er jedoch deßfalls in Tractaten stehe, und daher denselben nicht füglich übersenden könne. Kurze Zeit darnach wurde Abraham unsichtbar, noch ehe seine Committenten von Leipzig zurückgekommen waren, und trat Schulden halber aus. Felix und Barnabas glaubten Anfangs, daß ihre dem Abraham in Commission gegebene Waaren noch in Natur vorhanden seyn, und sich dieselben bey der von dem foro domicilii des Ausgetretenen vorzunehmenden Inventur vielleicht vorfinden würden. Allein umsonst. Abraham hatte sie an einen Dritten, Namens Judas, unter andern Juwelen und Kostbarkeiten für eine demselben darauf vorgeschossene Summe von 4700 fl. als ein Pfand versetzt.

setzt. Beyde ermangelten nun nicht, bey dem foro concursus, welches auch das forum domicilii des gedachten Judas ist, hiervon Anzeige zu machen, und verlangten, daß man denselben anhalten möchte, die in Frage stehenden Pretiosa gerichtlich zu hinterlegen. Judas läugnete zwar den Empfang nicht, erklärte jedoch zu Protocoll, daß er dieses Pfand, welches er nur auf vierzehn Tage, höchstens drey Wochen, von dem mehrerwähnten Abraham angenommen, weil er seine Befriedigung nach Ablauf des gesetzten Termins nicht von seinem Schuldner habe erhalten können, an einen dritten sichern Mann um die nämliche Summe von 4700 fl. pfandweise hingegeben habe, und gab, als ihm auf wiederholtes Andringen der Kläger vom Gericht war auferlegt worden, die Pretiosa gerichtlich zu deponiren, den Hofagenten Herodes in Anspach als derselben Besitzer an. Da Judas ein allgemein bekannter reicher Mann ist, der auf keine Weise nöthig hatte, Pfänder zu versetzen; da er überdem in einem solchen Credit stehet, daß, wenn er wirklich Gelder bedürfte, die ersten Capitalisten ihm solche darzulehnen kein Bedenken finden würden; da er ferner, wenn er ja Pfänder hätte weiter versetzen wollen, solche, statt zehen bis zwölf Stunden weit zu gehen, in der nur eine Stunde entfernten benachbarten Stadt Nürnberg ganz leicht und sicher hätte unterbringen können; da am wenigsten wahrscheinlich ist, daß, wenn er wirklich in Noth gewesen wäre, er

dieselben nach Anspach an einen bekannten Mann versetzt, und sich dadurch blos gegeben hätte; noch mehr, da er Anfangs den Mann nicht nennen wollen, bey welchem er die in Anspruch genommenen Pretiosa weiter versetzt, und dadurch den Verdacht erregte, daß damals die Sache noch nicht ganz richtig gewesen seyn möchte, vielmehr derselbe die Juwelen zu der Zeit aller Wahrscheinlichkeit nach noch in seiner Gewahrsam gehabt; da endlich noch einige andere Umstände vorfielen, welche den Verdacht schöpfen ließen, daß man darauf bedacht sey, die Sache so zu mischen, daß sie von dem resp. foro concursus und domicilii des resp. Abrahams und Judas in erster Instanz weg, und an ein anderes Gericht gebracht werden möge, zumal da die vom Herodes bey seinem Forum, der Regierung zu Anspach, geschehene Provocation des Judas, als wenn derselbe mit Auslösung der ihm in Versatz gegebenen Pfänder säumig wäre, ein bloses Blendwerk zu seyn schien; so begründeten alle diese Umstände in ihrer Verbindung genommen den Verdacht wider den Judas, daß er dolose zu besitzen aufgehört habe, weßhalb ihm auch sowohl vom Barnabas als Felix der Eid darüber zugeschoben wurde. Ob nun gleich auch über diese Eideszuschiebung erkannt worden ist, so haben es dennoch die Kläger einstweilen dabey bewenden lassen, und statt dessen die Eigenthumsklage gegen den Herodes, der sich als den

Be-

Besitzer ihrer Pretiosen gerirt, anzustellen für gut befunden. Es fragt sich daher:

I. Ob in dem vorgetragenen Falle die Eigenthumsklage gegen den dritten Besitzer statt finde, oder ob sich nicht vielmehr die Kläger an ihren Mann, dem sie getrauet haben, zu halten schuldig sind?

II. Ob sie nicht dem Herodes darüber, daß er zur Zeit des erlangten Besitzes schon gewußt, daß die Ohrengehänge und der Medaillon von den Klägern bereits in Anspruch genommen worden, oder doch in Anspruch genommen werden würde, und daß überhaupt die Sache zwischen ihm und dem Judas nur ein Scheinhandel sey, den Eid deferiren können?

§. 2.

Soviel nun die erste Frage anbetrift, so möchte es zwar aus mehr als einem Grunde das Ansehen haben, als ob in dem gegenwärtigen Falle die Eigenthumsklage gegen den dritten Besitzer der in Anspruch genommenen Pretiosen nicht statt finde. Denn nimmt man an, daß das zwischen den Klägern und dem entwichenen Abraham über den Verkauf der in Frage stehenden Juwelen eingegangene Geschäft nach den Re-

geln

geln des contractus aestimatorii zu beurtheilen sey, so ist bekannt, daß nach der Meinung vieler angesehener Rechtsgelehrten das Eigenthum der zum Verkauf gegebenen Sache auf den Empfänger übergehe, und dieser daher, instar domini, befugt sey, die Sache zu verkaufen, oder zu verpfänden, oder sonst darüber, als über sein Eigenthum, nach seinem Gefallen zu disponiren [2]). Es scheint dieses auch schon aus dem Grunde um so weniger einigem Zweifel unterworffen zu seyn, weil der Trödler die Gefahr der Sache trägt, und nur alternativ verbunden ist [3]); folglich nach der Natur dieses Contracts keine andere als eine persönliche Klage gegen denselben statt finden kann, nämlich daß er entweder die zum Verkauf empfangene Sache unversehrt wieder zurückliefere, oder den angesetzten Werth bezahle

2) I. H. BOEHMER in Diss. de translatione dominii in contractu aestimatorio §. XXIV. sqq. (in Desselben Exercitat. ad Pandect. Tom. III. Exerc. XIX.) Io. Ern. FLOERCKE Diss. de contractu aestimatorio §. XII. sqq. Guil. Hieron. BRÜCKNER Diss. de contractu aestimat. §. XVII. HELLFELD in Iurisprud. forensi §. 1066. sq. Lud. God. MADIHN in Princip. iuris Rom. P. II. §. 233. pag. 320. Claproth in der Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte II. Th. §. 326. u. a. m.

3) L. 1. §. 1. D. de aestimatoria. Aestimatio autem periculum facit eius, qui suscepit: aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua convenit.

le [4]). Wenn nun gleich im zweifelhaften Falle der Contract, vermöge dessen jemand die Sache eines andern um einen festgesetzten Preiß zu verhandeln übernimmt, eher für einen Auftrags- als einen Trödelcontract zu halten ist [5]); so scheint doch eines Theils hierüber in dem vorliegenden Falle eigentlich kein Streit zu seyn, indem die Gesetze [6]) ganz ausdrücklich verordnen, daß wenn jenes Geschäft blos zu Gefallen und zum Vortheil des Empfängers, auf desselben Gesuch, wie in dem gegenwärtigen Falle, eingegangen worden, solches im Zweifel für einen ästimatorischen Contract gehalten werden solle [7]); andern Theils aber, wenn man auch

4) Schmidt im Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 1054.

5) HELFELD. a. a. O. §. 1067. in fin.

6) L. 17. §. 1. D. de praescript. verb. et in factum action. Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres, aut pretium eorum: deinde haec perierint ante venditionem: cuius periculum fit? Et ait LABEO, quod et POMPONIUS scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum. — Actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis. Herr Prof. Madihn a. a. O. not. c. pag. 321. will zwar behaupten, daß in dieser Stelle vom ästimatorischen Contract nicht die Rede sey. Allein schon Io. Ern. Iust. MÜLLER in Observat. practic. ad LEYSERI meditation. ad Dig. Tom. II. Fasc. II. Observat. 448. pag. 190. hat diese Meinung widerlegt.

7) KNORRE in select. Observat. ad Pandect. Ludovician. Obs. 432. ad §. 4. sagt daher: In dubio tunc pro contra-

auch annehmen wollte, daß in dem vorliegenden Falle ein bloßer Auftragscontract zum Grunde liege, so würde dennoch der Kläger Befugniß, gegen den dritten Besitzer ihrer Juwelen die Eigenthumsklage anzustellen, deswegen noch gar nicht ausser allem Zweifel seyn. Denn nun würde es auf die Frage ankommen, was für Einfluß der Betrug eines Geschäftträgers oder Unterhändlers auf die Gültigkeit oder Ungültigkeit eines von demselben mit einem Dritten geschlossenen Vertrags habe? Wie sehr streitig aber diese Rechtsfrage sey, ist bekannt. Bewährte Rechtsgelehrte sind der Meinung, daß der Betrug des Geschäftträgers, der seine Gewalt gemißbraucht, und sich nicht an die gegebene Vorschrift gehalten, nur dem Mandanten schade, der ihm getrauet hat, nicht aber dem dritten unschuldigen Mann, der sich mit redlichen Gesinnungen in ein Geschäft mit dem Mandatarius einließ. In Ansehung dieses Dritten sey der Handel dennoch gültig, dieser sey daher auch nicht schuldig, das in Händen habende Pfand, welches der Mandatarius gegen den ihm ertheilten Auftrag und Willen des Mandanten bey ihm versetzt hat, anders als gegen Erstattung des darauf vorgeliehenen Capitals und Interessen herauszugeben [8]). Es scheint

tractu aestimatorio praesumitur, si accipiens dantem rogavit.

8) LEYSER in Meditat. ad Pandect Vol. III. Spec. CLXXX. m. 1. 2. et Vol. IV. Specim CCXXI. med 4. HERTIUS in Diss. de obligatione mandantis et mandatarii contemplatu tertii

scheint auch wirklich gegen alle Billigkeit anzustoßen, wenn der dritte unschuldige Mann, der auf keine Weise gewußt hat, noch wissen können, daß sein Mitcontrahent sich mehr herausnehme, als wozu er berechtiget ist, dem also kein Versehen bey dem ganzen Handel zu Schulden kommt, durch die Bosheit des Mandatarius in Schaden gesetzt werden sollte. Ist es nicht weit billiger, daß auf denjenigen, welcher in der Wahl seines Geschäftträgers unvorsichtig zu Werk gegangen ist, der ganze Schaden gewälzt werde?

§. 3.

In dieser natürlichen Billigkeit scheint auch vorzüglich die bekannte und in vielen Gegenden Teutschlands angenommene Regel: **Hand muß Hand wahren, oder: wo man seinen Glauben gelassen hat, da muß man ihn wieder finden**, ihren Grund zu haben, welche besonders an solchen Orten, wo der Handel blühet, in viele Betrachtung kommt, da sie auf Erhaltung des gemeinen Glaubens und Zutrauens im Handel und Wandel abzielet. Nach dieser Regel aber kann derjenige, welcher durch einen Vertrag seine Sachen einem andern anvertrauet hat, ohnerachtet er ihm das Eigenthum dadurch nicht überlassen, dennoch auf

tertii §. XI. (in Opuscul. Vol. I. Tom III. pag. 163.) Wolfg. Ad. SCHOEPF Diss. de dolo et vi tertii ac effectibus eorum (Tübingae 1741.) §. 7. CANNGIESER in Decision. Hasso-Cassell. Tom. II. Decis. XVIII. n. 11.

den Fall, daß dieser wider des Eigenthümers Absicht dieselben an einen Dritten überlassen, und veräussert haben sollte, diesen dritten Mann nicht in Anspruch nehmen [9]).

§. 4.

Gesetzt aber endlich, man wollte das ganze Geschäft, so Abraham mit den Kaufleuten Felix und Barnabas eingegangen, blos aus dem Gesichtspuncte einer Ueberlistung ansehen, mittelst welcher erster seine Committenten verleitet habe, ihm ihre Waaren zum Verkauf zu überlassen, welches auch wohl nach den in der Geschichtserzählung angeführten Thatsachen sicher zu behaupten ist, so wäre zwar freylich der Handel an sich allemal nichtig, eine sehr streitige Frage ist es aber, ob diesfalls gegen den dritten Mann, welcher eine dem Eigenthümer mit List abgeschwatzte Sache, unwissend und ehrlich, von dem Betrüger erhalten hat, die Eigenthumsklage erhoben werden könne? welche verschiedene Rechtslehrer [10]) vermöge der L. 10. Cod.

9) S. Ernst Christ. Westphals Abhandlung der Fälle, in welchen der Eigenthümer seine in eine dritte Hand gediehenen Sachen entweder gar nicht oder nicht unentgeldlich abfordern kann. Halle 1787. 4. §. 6. — 22.

10) NOODT lib. de forma emendandi doli mali Cap. XV. STRUV in Syntagm. iuris civ. Exerc. VIII. §. 30. LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandectar. Tit. de dolo malo §. 6. Westphal in der angeführten Abhandl. §. 41.

Cod. de rescind. vendit [11]) schlechterdings vernei-nen, und nur dem Eigenthümer die Restitution in den vorigen Stand gegen den Betrüger selbst, und desselben Erben zu suchen gestatten wollen.

§. 5.

Allein dieser Gründe ungeachtet muß dennoch nach richtigern Principien die oben stehende Frage für die Kläger entschieden werden. Denn erstens beruhet es ausser allem Zweifel, daß in dem vorliegenden Falle die Grundsätze von dem contractu aestimatorio der Römer keine Anwendung finden können, gesetzt auch, daß die Meinung der oben angeführten Rechtsgelehrten von einer Uebertragung des Eigenthums in diesem Contracte einigen rechtlichen Schein hätte, welche doch schon längst von andern berühmten Rechtsgelehrten [12]) als

 irrig

11) Impp. DIOCLET. et MAXIM. Severo. Dolus emtoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur. Quem si fuerit intercessisse probatum: non adversus eum, in quem emtor dominium transtulit, rei vindicatio venditori, sed contra illum, cum quo contraxerat, in integrum restitutio competit.

12) Conf. Sam. de COCCEJI in Iur. Civ. Controv. Lib. XIX. Tit. III. Quaest. 2. Io. SCHILTER in Praxi Iur. Rom. Exerc. XXXII. §. 5. Car. Frid. WALCH Introduct. in Controv. iuris civ. Sect. III. cap. V. §. 2. Io. Ern. Iust. MÜLLER Observat. pract. ad Leyseri meditat. ad Digesta Tom. II. Fasc. II. Obs. 448. pag. 184. sqq. Höpfner in theoret. pract. Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 802. und besonders Io. Henr. STUHLMANN in Diss. de domi-

irrig verworffen worden ist [13]). Es ist vielmehr aus den in der obigen Geschichtserzählung vorkommenden That-

dominio per contractum aestimatorium ante solutionem pretii in accipientem non translato. Goetting. 1770. 4

13) Die in den Zweifelsgründen vorgetragenen Argumente sind zwar die wichtigsten, die man zur Unterstützung der entgegen gesetzten Meinung anzuführen pflegt; allein in der That nicht von dem Gewichte, welches man ihnen beylegt. Denn einmal erhält die angeführte L. 1. §. 1. D. de aestimator. vermöge deren der Trödler die Gefahr der Sache tragen soll, schon durch die L. 17. §. 1. D. de praescript. verb. die nöthige Einschränkung: si quidem ipse dantem rogaverit; wie auch Io. Ortwin. WESTENBERG in Princip iuris sec. ord. Digestor. Lib. XIX. Tit III. §. 8. dafür hält. Oder es kann auch die L. 1. füglich von einem solchen Falle verstanden werden, da der Trödler sich ausdrücklich verbindlich gemacht, den bestimmten Werth dafür zu bringen, z. B. er verspricht, daß, wenn er die Sache nicht an Mann bringen könne, er sie selbst für den angesetzten Preis behalten wolle, ita, ut quasi conditionalis inter dantem et accipientem contracta sit emtio; wie Reinh. BACHOVIUS ab ECHT in Notis et Animadvers. ad Treutlerum Vol. 1. Disp. XXX. Thes. II. lit. E. die Stelle versteht. Diese Erklärung gründet sich vornehmlich auf die L. 5. §. 3. D. commodati. welche Stelle, wie die L. 17. D. de praescript. verbis, aus VLPIANI lib. 28. ad Edictum genommen ist. Es heißt daselbst: Et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, QUI AESTIMATIONEM SE PRAESTATURUM RECEPIT. Sodann giebt eben die alternative Verbindlichkeit des Trödlers, entweder die Sache zurückzugeben oder den bestimmten Preis dafür zu bezahlen, einen sehr wichtigen Grund ab, daß das Eigenthum nicht eher auf den Empfänger der Sache übergehe, als bis derselbe durch die Bezahlung des bestimmten Werths erklärt

Thatumständen ganz offenbar, daß zwischen den Klägern, und dem ausgetretenen Abraham ein unter teutschen Kaufleuten ganz gewöhnlicher Commissionshandel vorgegangen sey, bey welchen weder Eigenthum noch Gefahr der in Commission gegebenen Waaren auf den Commissionair übergeht, und welcher zwar ein Geschäft von ganz eigener Natur ist, aber doch von den heutigen Rechtsgelehrten nach den Regeln des Auftragscontracts beurtheilt wird *). Wie wenig aber auch die Kläger die Absicht gehabt haben, das Eigenthum ihrer Waaren auf den Abraham zu übertragen, ergiebt sich aus dem Billet, welches Barnabas von Leipzig aus an denselben schrieb, wodurch er seinen in Commission gegebenen Medaillon zurück verlangte, falls derselbe noch nicht verkauft wäre, weil er ihn selbst zu verkauffen, gute Gelegenheit hätte. Da nun ein Mandatarius nach ausdrücklicher Verordnung der Gesetze nichtig handelt, wenn er der ihm ertheilten Vorschrift nicht gemäß verfährt, sondern etwas ganz an-

erklärt hat, daß er die Sache zu behalten willens sey. Denn so lange dies nicht geschehen ist, bleibt es immer noch ungewiß, ob er die Sache zurückbringen oder den Werth dafür erlegen wird.

*) S. Jungs Lehrbuch der Handlungswissenschaft §. 527. Io. Christph. KOCH Diss. de mercibus in commissionem datis (Giessae 1747.) §. 6. und I. L. E. PÜTTMANN de negotiatione, quae procuratorio nomine exercetur, in Desselben Miscellaneor. ad ius pertinent. Specim. IX. Cap. 20. p. 12. (Lipsiae 1789.)

ders thut, als sein Auftrag enthält, mithin auch in so weit, als er die ihm angewiesenen Gränzen überschritten hat, seinen Mandanten so wenig verbindlich machen kann, als der, welcher auf den Namen eines andern ohne desselben Auftrag Gelder aufgenommen hat, diesem eine Verbindlichkeit zur Bezahlung des Darlehns zuziehen kann [14]; so folgt hieraus von selbst, daß die von dem Abraham ganz gegen den erhaltenen Auftrag und die Absicht seiner Committenten eigenmächtig unternommene Verpfändung der ihm blos zum Verkauf übergebenen Kostbarkeiten unmöglich für gültig und rechtsbeständig gehalten werden könne. Es muß daher auch in diesem Falle der Committent befugt seyn, sein Eigenthum allemal, der ungültigen Verpfändung ungehindert, gegen jeden Besitzer zu verfolgen, wie dieses nicht nur die deutlichsten Gesetze [15] bestärken, sondern auch nach dem Zeugniß der bewährtesten Rechts-

14) L. 5 pr. D. mandati. L. 10. Cod. de procurator. Siehe auch Gustav. Bernh. BECMANNI Dissertat. de obligatione mandantis erga mandatarium fines mandati excedentem. Halae 1747. §. 44.

15) L. 12. Cod. mandati. Cum mandati negotii contractum certam accepisse legem adseveres: eam integram secundum bonam fidem custodiri convenit. Unde si contra mandati tenorem procurator tuus ad te pertinentem fundum vendidit, nec venditionem postea ratam habuisti: dominium tibi auferre non potuit. L. 1. Cod. Si aliena res pignori data sit. Procurator citra domini voluntatem domum pignori frustra dedit. Add. L. 6. Cod. eodem.

Rechtsgelehrten dem heutigen Gerichtsgebrauche gemäß ist [16].

§. 6.

Der Einwurf, daß es gegen die Billigkeit streite, wenn ein dritter unschuldiger Mann durch die Bosheit meines Mandatarius in Schaden gesetzt werden sollte, hat zwar einigen Schein, vielleicht aber nur einen von der Billigkeit falsch erborgten Schein. Denn einmal kann ja der Committent, der seine Sache einem Betrüger anvertrauet hat, eben so schuldlos seyn. Ist's denn möglich, jedem Menschen ins Herz zu sehen, und giebt es nicht tausend Beyspiele, wo der Betrüger die Larve des ehrlichen Mannes vor's Gesicht nimmt, und seine Rolle so meisterhaft spielt, daß er auch den Klügsten hintergeht? Unstreitig war es nicht die erste Commission, die die Kläger dem entwichenen Abraham auftrugen. Dieß beweißt die Bereitwilligkeit, mit welcher sie demselben auf den ersten Antrag und auf sein bloses Billet ihre Kostbarkeiten in Commission gaben. Er mußte ihnen also wohl gewiß von Seiten seiner Ehrlichkeit bekannt, und überhaupt ein Mann seyn, der bisher in gutem Credit gestanden. Warum hätten

16) SCHILTER in Praxi Iur. Rom. Exerc. XLIX. §. 51. Quaest. 3. pag. 144. PHILIPPI in Usu pract. Institut. Iustiniani Lib. III. Tit. XXVI. §. 8. Ecclog. LXXXVI. n. 2. et 3. Westphals rechtl. Abhandlung von Verpfändung fremder Güter (Halle 1779. 4.) §. 6.

sie also einem solchen Manne nicht ferner trauen sollen? Und, zum andern, hat denn nicht derjenige, welcher mit einem solchen Menschen sich in ein Geschäft einließ, und von demselben gegen einen starken Geldvorschuß Pfänder annahm, ihm ebenfalls getrauet? Hätte dieser nicht erst sorgfältiger nach jenes Verhältnissen sich erkundigen sollen, ehe er sich mit ihm in ein solches Geschäft einließ? Qui cum alio contrahit, sagt Ulpian [17]), vel est vel debet esse non ignarus conditionis eius. Ist der Betrüger in der Gestalt eines Geschäftträgers aufgetreten, stund es denn nicht bey ihm, auf die Vorzeigung der Vollmacht zu dringen, oder denselben zu fragen, wer ihm den Auftrag gegeben habe, und dann deshalb nähere Erkundigung einzuziehen? Hatte aber der Betrüger, wie zu glauben ist, seinen Principal verläugnet, und auf seinen eigenen Namen mit dem Dritten den Vertrag geschlossen, zu dem er keinen Auftrag hatte, so kann es ihm nun nicht besser ergehen, als dem, welcher unwissentlich eine fremde Sache an sich gebracht hat. Er muß sie dem Eigenthümer abtreten, und mit der Contractsklage seinen Regreß an den suchen, von welchem er sie erhalten hat [18]).

§. 7.

17) L. 19. princ. D. de Reg. Iuris.

18) S. Gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle von Gmelin und Elsässer 2. Band Nr. XIII. §. 103. S. 166. u. folg. Io. Ern. Iust. MÜLLER Observat. practic. ad Leyseri meditat. ad Digest. Tom. II. Fascic. I. Observ. 374. pag. 269. sq.

§. 7.

Eben so wenig kann die oben angeführte Regel: Hand muß Hand wahren, auf den gegenwärtigen Fall angewendet werden. Denn so gewiß es ist, daß dieser Rechtssatz in den mittlern Zeiten Teutschlandes allgemein üblich gewesen; so hat doch derselbe durch die neuern Rechte so verschiedene Bestimmungen und Einschränkungen erhalten, daß sich daraus keine allgemeine Vorschrift machen läßt. Daher kommen die mehresten teutschen Rechtslehrer darin überein, daß von jenem Grundsatze heutiges Tages nur in so ferne Gebrauch zu machen sey, als entweder bestimmte gesetzliche Vorschriften, oder ein ausgemachtes Herkommen denselben noch bestätigen[19]). Ausserdem aber wird billig der, die Rechte des Eigenthümers mehr begünstigenden Regel des gemeinen Rechts: ubi rem meam invenio,

19) S. HEINECCIUS in Elem. iuris german. Lib. II. Tit. XIII. §. 384. GUNDLING in Diss. de rei vindicatione ex iure Rom. et patrio. Cap. II. §. 13. CARPZOV in Iurisprud. for. P. II. Const. XXVI. definit. 5. ENGAU in Elem. iuris germ. Lib. III. Tit. IV. §. 33. Sim. van LEUWEN Censur. For. Lib. IV. Cap. VII. §. 15. Sam. Frid. WILLENBERG Diss. de abusu canonis iuris Lubecens. Hand muß Hand wahren. Gedani 1707. Th. 21. Westphal in der rechtl. Abhandl. von den Fällen, in welchen der Eigenthümer seine in die Hände eines Dritten gerathene Sachen entweder gar nicht oder nicht unentgeldlich abfordern kann. §. 22. Ebendesselben Abhandlung von Verpfändung fremder Güter §. 7.

venio, ibi eam vindico, nachgegangen [20]). Denn der Eigenthümer hat doch unstreitig ältere und besser gegründete Befugnisse an der Sache als der dritte bonae fidei possessor. Dieser kann sich blos auf seine Meinung gründen, daß er ein Recht zur Sache habe. Wie kann aber das vermeintliche Recht des dritten Besitzers dem wahren Eigenthümer sein Recht entziehen? und doch würde dieses offenbar geschehen, wenn der Eigenthümer seine wider desselben Willen in die Hände eines Dritten gerathene Sache entweder gar nicht oder nicht unentgeltlich vindiciren dürfte. Vielmehr muß schon nach natürlichen Rechtsprincipien des dritten Besitzers vermeintliches Recht an der im Anspruch genommenen Sache aufhören, sobald durch Ausführung des wahren Eigenthumsrechts des Klägers, des erstern Meinung dahin fällt, und Gewißheit an deren Stelle tritt [21]).

§. 8.

20) Vid. Io. Ge. DIETERICHs Diss. de iustitia ac aequitate canonis: ubi rem meam invenio, ibi vindico; praes. Mich. God. WERNHERO Erlangae 1767. defensa; und Ebendesselben WERNHERI Epist. gratulat. huic Dissert. adiecta de utilitate regulae Rom. ubi rem meam invenio, ibi eam vindico, et inutilitate germanicae: manus dans rem reposcat a manu accipiente: Hand muß Hand wahren. Cap. II. §. 4.

21) Man vergleiche hier Hrn. Hofraths SAMHABER Diss. de eo, quod circa rei vindicationem tam adversus bonae, quam malae fidei possessorem instituendam iuris naturalis est, Wirceburgi 1788. Cap. V. et VI.

§. 8.

Aus diesen Gründen würde also der Kläger Befugniß, das ihnen verbliebene Eigenthum ihrer Juwelen von jedem dritten Besitzer, er sey, wer er wolle, unentgeldlich abzufordern, ausser allen Zweifel gesetzt seyn, wenn der vorliegende Fall nach den Regeln vom Auftragscontracte beurtheilt wird. Allein es ist schon in den Zweifelsgründen bemerkt worden, daß der entwichene Abraham durch die von Klägern in Commission angenommenen Waaren seiner Seits die unlautere Absicht gehabt habe, seine Committenten mit List zu hintergehen, und sie um das Ihrige zu bringen. Denn davon zeuget der Erfolg. Es kommt also nur noch darauf an, ob, wenn der gegenwärtige Fall auch von dieser Seite betrachtet wird, die Eigenthumsklage dennoch gegen einen dritten redlichen Besitzer erhoben werden könne? und diese Frage ist allerdings zu bejahen. Denn ist ein solcher Handel, der durch den Betrug des andern Contrahenten lediglich verursacht worden ist, nach der einstimmigen Verordnung der Gesetze [22]) schon an sich ungültig, so folgt hieraus von selbst, daß auch die vermöge eines solchen Vertrags geschehene Uebertragung des Besitzes von keiner rechtlichen Wirkung seyn, mithin auch kein Eigenthum der Sache

22) L. 7. pr. D. de dolo malo, L. 3. D. de pignerat. act. L. 16. §. 1. D. de minorib. L. 3. §. fin. D. pro socio. L. 5. Cod. de Rescind. vendit.

Sache auf den andern kommen könne, wenn ein dolus bey Erlangung des Besitzes zum Grunde liegt [23]). Gesetzt also, daß die Kläger dem ausgetretenen Abraham selbst diejenigen Waaren auf Credit verhandelt hätten, die sie ihm doch nur in Commission gegeben haben, so würde dennoch auch in diesem Falle der Betrug, mit welchem letzter seine Verkäuffer zur Schliessung des Handels hinterlistig verleitet hat, den Uebergang des Eigenthums dergestalt gehindert haben, daß dieselben ihre Waaren von jedem Besitzer zu vindiciren, sich für berechtiget halten dürften [24]). Denn die Gesetze erfor-

23) Hiermit stimmen überein Arn. VINNIUS in select quaestion. iuris Lib. I. cap. 12. Sam. de COCCEJI in Iur. civ. controv. Lib. IV. Tit. III. Quaest. 4. Iac Frid. LUDOVICI in Diss. de dominio ex contractu doloso non translato. Halae 1720. Io. Gottl. SIEGEL in Diss. de dolo translationem dominii impediente. Lipsiae 1748. Car. Frid. WALCH in Introduct. in Controvers. iuris civ. Sect. II. c. II. §. 15. u. a. m. Siehe auch meine Opuscula iurid. Fascic. IV. pag. 66. Not. 13.

24) Ganz treffend schreibt Io. VOET in Commentar. ad Pandect. Lib. VI. Tit. I. §. 14. Si emtor mox foro cedat, non dubium, quin venditori superfutura sit rei vindicatio; cum enim tali venditioni dolus causam dederit, atque adeo venditio sit ipso iure nulla, non potuit videri dominium ex traditione translatum; dum, nullo praecedente iusto titulo, nulla per traditionem alienatio contingit, nec emtori dominium acquiritur; imo non longe a furti vitio tale factum abest. Quin imo, licet dolosus emtor rem non pos-

erfordern ausdrücklich zur Uebertragung des Eigenthums, daß der Käufer nicht nur zur Zeit des geschlossenen Handels, sondern auch alsdann, wenn die Uebergabe erfolgt, ohne Gefährde gehandelt haben müsse [25].

§. 9.

possideat, sed rursus tertio privatim bona fide ementi parata vendiderit pecunia, non impediendus videtur primus venditor, a quo dominium non recessit, quominus eandem a tertio vindicet bonae fidei emtore, pretio non refuso: eo quod secundum antea dicta furti vitio non caret res, ita per primum dolosum emtorem, nullo dominii iure munitum, distracta, atque ita consideranda, ac si nec vendita fuisset nec tradita. Diesen sind noch beyzufügen, Ferd. Christoph. HARPPRECHT Diss. de rerum decoctori vel decoctionis candidato venditarum vindicatione (in EIUS Dissertat. academ. Vol. I. Nr. XXV. p. 986. sqq.) LUDOVICI Diss. de creditore ad fidem habendam inducto, Halae 1719. und Io. Godofr. BAUER Differt. de vindicatione rei venditae et traditae; (in Opuscul. T. I. p. 274.)

25) L. 7. §. 16. et 17. D. de public. in rem act. L. 10. pr. D. de usucap. et usurpat. L. 2. §. 3. et 5. D. de doli mali et met. except. Car. Christ. HOFACKER in Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tomi II. P. I. §. 937. in fin. Vorzüglich ist hier zu vergleichen Dr. Adolph Dietr. Webers Beitrag zu der Lehre, daß der Dolus des Käufers den Uebergang des Eigenthums der verkauften Sache hindere, und den Verkäufer berechtige, die verhandelte Sache mittelst der Eigenthumsklage zu verfolgen: in Desselben Beiträgen zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. (Schwerin und Wismar 1789. 8.) VIII. Betracht. S. 100. folg.

§. 9.

Da also auch in diesem Betrachte der entwichene Abraham das Eigenthum der ihm anvertraueten Waaren nicht an sich gebracht hat, folglich auch die Beklagten kein dingliches Recht darauf von ihm erhalten haben können, so ist die gegen den Besitzer derselben angestellte Eigenthumsklage auch von dieser Seite allerdings gerecht. Denn wenn gleich einige Rechtsgelehrten wegen der in den Zweifelsgründen schon angeführten L. 10. Cod. de resc. vendit. anderer Meinung sind; so haben doch andere richtiger eingesehen, daß das erwähnte Gesetz der Analogie gemäß von einem solchen Falle zu verstehen sey, wo der dolus den Contract an sich nicht aufhebt [26]). Die Worte: in quem emtor dominium transtulit, geben dieses deutlich zu erkennen.

Denn

26) Die meisten Rechtsgelehrten verstehen daher die L. 10. C. de resc. vendit. von einem dolo incidente. S. Iul. PACII Analys. Codicis Lib. IV. Tit XLIV. n. 6. pag. 389. Io. BRUNNEMANNI Commentar. in Codicem ad dict. L. 10. pag. 390. Ulr. HUBER in Praelect. iuris civ. P. II. Lib. IV. Tit. III. §. 5. pag. 200. Sam. de COCCEJI Ius Civ. Controv. Tit. de dolo molo Quaest. 4. p. 325. LUDOVICI in Diss. cit. de dominio ex contr. dol. n. transl. §. 29. SIEGEL in Diss. alleg. de dolo translat. dom imped. §. 14. Von diesen weicht jedoch Iust. Henr. BOEHMER in Introd. in ius Digestor. Lib. IV. Tit. III. §. 5. in fin. in so weit ab, daß er die L. 10. von einem solchen Falle erklären will, da bey dem Kaufcontract zugleich eine Stipulation eingegangen worden, und daher das Geschäft als stricti iuris zu behandeln, folglich an sich nicht null und nichtig war.

Denn es ist ungereimt, daß der Handel des Betrugs wegen ungültig seyn, und doch das Eigenthum der Sache von dem Betrüger gültig auf einen andern gebracht werden könne. Es hindert auch nichts, die Entschädigungsklage des Betrogenen aus dem Kaufcontract gegen den Betrüger als eine Art von restitutio in integrum anzusehen. Ueberhaupt aber findet hier die sehr richtige Bemerkung statt, daß man mit Stellen des Codex, welche kaiserliche Rescripte enthalten, sehr behutsam umgehen müsse. Denn sie sind Antwortschreiben, eingeschränkt auf einzelne Fälle und Anfragen, deren nähere Umstände uns meistentheils unbekannt sind. Sie müssen daher, wenn die Worte unbestimmt sind, durch bestimmtere Rechtssätze, deren Sinn in andern Stellen unserer Gesetze viel aufgeschlossener vor uns liegt, und die hierin mehr beweisen, ergänzt werden, um dadurch dem Sinne des Gesetzgebers, der oft eingeschränkter dachte, als er rescribirte, näher zu kommen [27]. Denn die Absicht der römischen Kaiser war nicht, in ihren Rescripten neue Grundsätze aufzustellen, sondern längst bekannte der Anfrage gemäß anzuwenden [28]. Aus diesen Gründen wurde demnach die

27) S. Christ. Henr. ECKHARDI Hermenevtic. iuris Lib. I. Cap. V. §. 221. und meinen Commentar über die Pandecten I. Th. §. 37. S. 258. folg.

28) Richtig sagt Herr D. PÜTTMANN in Probabil. iuris civ. lib. sing. Cap. XIV. pag. 108. in rescriptis Imperatorum ius novum quaerendum non esse, nisi manife-

die erste Frage folgendergestalt beantwortet: **Daß die Eigenthumsklage gegen den dritten Besitzer, er sey in bona oder mala fide, im vorliegenden Falle allerdings statt finde.**

§. 10.

Soviel hiernächst die andere Frage anlangt, so würde es zwar an sich keinem gegründeten Zweifel unterworffen seyn, daß die Eidesdelation gegen den beklagten Herodes in der angegebenen Maaße für zuläßig zu halten, da sogar super dolo, sive per modum actionis, sive in vim exceptionis in iudicium deducatur, der Eid dem Gegner zugeschoben werden kann, in so ferne nämlich die Eidesdelation blos das Privatinteresse der Partheyen zur Absicht hat [29]). Allein da nach den bey der ersten Frage bereits ausgeführten Gründen die Rei vindicatio im gegenwärtigen Falle gegen jeden dritten Besitzer, er sey in bona oder mala fide, erhoben werden kann; so hielten wir dafür: **daß die Eidesdelation gestalten Sachen nach weder nöthig noch auch anzurathen sey.**

nifesta eius appareant vestigia; und hiermit stimmt auch Bern. Henr. REINOLDUS in Opusculis iurid. a Io. Frid. IUGLERO. Lugd. Batav. 1755. 8. editis pag. 296. überein, wenn er schreibt: Quum ita laxius videntur loqui Principes, verba eorum EX ANALOGIA CERTI IURIS interpretationem capiunt.

29) BERGER in Elect. Disceptat. forens. P. II. Tit. XVIII. Suppl. 8. HOMMEL in Rhapsod. quaestion. for. Vol. II. Obs. 262.

XIV.

XIV.

Von der Geleitsordnung in Gräflich Reußischen Landen und einem über deren Auslegung entstandenen Rechtsstreit.

§. 1.

Die alte sogenannte Geleitstafel in den gräfl. Reußischen Landen, wurde am 30. December 1779. erneuert, näher bestimmt und erklärt, und im J. 1780. durch den Druck öffentlich bekannt gemacht. Nach jener Geleitstafel sind Tonnen- und Faßgüter mit einem Geleite von 1 Ggr. von jedem Pferde belegt; daneben soll der Verkäufer von einer Tonne Honig, Hering und Fischthran, so in der Stadt oder auf dem Lande abgeladen wird, 3 Ggr. geben. Nachdem man nun in Gemäßheit der erneuerten Geleitsordnung anfieng, von den Bürgern zu Gera, sowohl in dem Falle, wenn sie sich Tonnen Honig, Hering und Fischthran zum Verkauf haben kommen lassen, ausser dem Pferdgeleite, zu 1 Ggr., von jeder Tonne die Abgabe zu 3 Ggr. zu fordern, als auch die nämliche Abgabe von andern Tonnen und Faßgütern zu verlangen, so gab dieses zu einem Rechtsstreit Anlaß, welcher als ein Beytrag zu den Processen zwischen der dortigen Landesherrschaft und ihren Landständen und Unterthanen, unserer Sammlung von Rechtsfällen einverleibt zu werden, nicht unwürdig ist. Der Streit fieng sich mit einzelnen Ma-

terialhändlern und andern Bürgern von Gera an, welche die Abgabe von 3 Ggr. zu entrichten verweigerten, und zum Theil dazu gezwungen worden sind. Bald machten die übrigen Materialhändler, dann die Viertelsmeister und der Ausschuß der Bürgerschaft zu Gera, gemeine Sache.

§. 2.

Sie brachten im Sept. 1782. eine Beschwerde wider den Geleitseinnehmer Miething, darüber an, daß er seit einiger Zeit von den Fuhrleuten, welche den Bürgern ihre auswärts erkaufte und verschriebene Tonnen- und Faßgüter an Honig, Hering, Fischthran und andere Tonnen an Fischen, Oehl, Mehl, Brandwein, Eßig u. dgl., um die Fracht fahren, statt des gewöhnlichen Geleits von 1 Ggr. für ein Pferd, ein besonderes Geleit von 3 Ggr. von jeder Tonne ansinne. Dieses wurde für eine Neuerung ausgegeben, indem sowohl die alte, als die neue Geleitsordnung, wegen der Abgabe von 3 Ggr. nur von auswärtigen Verkäufern zu verstehen wäre, die ihre Waaren in das Land bringen, nicht aber von Fuhrleuten, welche die von Geraer Bürgern verschriebene Güter blos um die Fracht herführen und also keine Verkäufer sind. Diese von den Fuhrleuten verlangte Abgabe würde lediglich auf die Bürger fallen, welche doch nach ihren Statuten vom Zoll frey wären. Hiernächst rede die alte Geleitsordnung nur von Tonnen Honig, Hering und Fischthran, könne

also nicht auf andere Tonnen und Faßgüter ausgedehnt werden. Daneben gründeten sich die Bürger auf die kaiserl. Wahlkapitulation Art. VIII. §. 1. u. f. §. 12. 17. besonders, daß keine Zollerhöhung und Vermehrung, ohne kaiserl. Erlaubniß und churfürstl. Consens geschehen soll. Uebrigens hätte die gesammte Ritter- und Landschaft wider die neue Geleitsordnung Vorstellung gemacht, deren Ausdehnung widersprochen und an das R. Kammergericht appellirt. Der Geleitseinnehmer bezog sich ganz kurz auf die neue Geleitsordnung, die keinen Unterschied zwischen Tonnen und Faßgütern mache, welche die Fuhrleute für ihre eigene Rechnung nach Gera bringen und solchen, die sie für Geraer Bürger blos zur Fracht fahren. Er betrachtete überhaupt die Sache, als eine nicht seine Person, sondern die Landesherrschaft betreffende Angelegenheit. Nach einem eingelangten gräfl. Rescript wurden die Bürger lediglich abgewiesen.

§. 3.

Hierauf appellirten sie an die gemeinschaftliche Regierung zu Gera. Nach dreymaliger Verwerffung der Appellation, bekam endlich der Kammer-Procurator den Auftrag, die herrschaftl. Rechte zu besorgen. Die Beschwerden bestunden kürzlich darinn. Erstlich, daß die in der alten Geleitsordnung für die Tonne von Honig, Heringen und Fischthran zu 3 Ggr. bestimmte Abgabe auch von denjenigen gefordert werde, welche diese Sachen auswärts kaufen und für die Fracht her-

führen lassen. Zweytens, daß diese Abgabe auch auf andere Tonnen und Faßgüter ausgedehnt werde. Drittens, daß dem Mitkläger Bierling sogar von dem Fischthran, den er zu seiner Handthierung kommen lassen, die Abgabe abgefordert worden wäre, da doch, nach beiden Geleitsordnungen, die Bürger von dem, was sie in ihre Haushaltung kaufen, von dieser Abgabe frey seyn sollen. Viertens, daß während des Processes einige von ihnen zur Zahlung des mehrgedachten Geleits gezwungen worden.

§. 4.

Der Kammer-Procurator antwortete auf die erste Beschwerde, daß die neue Geleitsordnung keine Erhöhung der Abgabe, sondern nur eine Entscheidung einiger zweifelhaften Stellen der ältern enthielte. Schon in dieser ältern wäre versehen, daß die Bürger zwar wegen dessen, was sie in ihrem Haushalten brauchen, von dem Geleit frey seyn, aber solches von dem zahlen sollen, womit sie handeln, mithin auch von solchen Waaren, welche sie sich von auswärts verschrieben haben. Hier träten die Bürger an die Stelle der auswärtigen Verkäufer, sie möchten nun die Waaren verkaufen, oder weiter verschicken. Daß die alte Geleitsordnung, als ein geschriebenes Gesetz zur Observanz gekommen, brauche keines Beweises und dagegen fände keine Verjährung statt, indem den Bürgern immer mala fides entgegen stehen würde. Ihre statutarische

Be-

Befreyung von dem Zoll, wäre von solchen Sachen zu verstehen, welche die Bürger in ihrem Haushalten brauchen. Gegen die zweyte Beschwerde wurde wieder angeführt, wie die neue Geleitsordnung keine Ausdehnung, sondern nur eine Erklärung der ältern enthielte. Der Widerspruch und die Appellation der Ritterschaft sey eine unter ganz andern Partheien vorgegangene Sache, die um so weniger hierher gehöre, als der Ritterschaft bey dem landesherrlichen Recht der Zölle, keinen Concurenz zustehe. Da ferner weder ein neuer Zoll eingeführt, noch der alte erhöht worden sey, so hätte auch die Wahlkapitulation keine Anwendung und die von den Bürgern angezogene bisherige Observanz wurde geläugnet. Der dritten Beschwerde wurde durch den Unterschied abzuhelfen gesucht, wie es etwas anders sey, was man zum Haushalten und dem, was man zur Handthierung brauche, und wovon man einen Vortheil ziehe. Die vierte endlich wurde darum für ungegründet gehalten, weil die Forderung des Geleits klar und also der Zwang rechtmäßig sey.

§. 5.

Die Acten kamen an die Juristen-Fakultät zu Halle, welche auf die zweyte Beschwerde dahin erkannte, daß die Abgabe von 3 Ggr. von andern Tonnen und Faßgütern, nur in so fern sie den Werth von Tonnen Honig, Heringen und Fischthran haben, zu entrichten sey, nach deren geringern Werth aber pro-

portionirlich zu reduciren sey. In Rücksicht auf die vierte Beschwerde wären die Bürger, welche sich während des Processes, das streitige Geleit zu geben, geweigert, mit Strafe und Kosten zu verschonen. Uebrigens bliebe es bey den ergangenen Resolutionen, Rescripten und Entscheidungen, jedoch verstünde sich von selbst, daß die gegenwärtige Entscheidung nur in so ferne bestehe, als sie nicht in der beym R. Kammergericht anhängigen Sache eine Abänderung erleide.

§. 6.

Wider dieses Urthel ergriffen beyde Theile die Leuterung. Die Appellanten glaubten hauptsächlich dadurch beschwert zu seyn, daß überhaupt die in dem gegenwärtigen Proceß ergangene Resolutionen, Rescripte und Entscheidungen in den beschwerlichsten Punkten bestättiget worden, und insbesondere die Geraer Bürger und Einwohner die Abgabe von 3 Sgr. von einer Tonne Honig, Heringen und Fischthran, welche sie sich gegen Bezahlung der Fracht, auswärts kommen lassen, bezahlen sollen. Sie führten zu Begründung dieser Beschwerde an, daß die in der alten Geleitstafel, welche in der gegenwärtigen Sache zum alleinigen Entscheidungsgrunde dienen müßte, vorkommende Stelle, daß von einer Tonne Honig, Heringe und Fischthran, so in der Stadt oder auf dem Lande abgeladen wird, der Verkäufer 3 Sgr. abgeben soll, lediglich von einem Ablader, der auch zugleich Verkäufer ist und also von

einem

einem Auswärtigen, der dergleichen Sachen nach Gera bringt, abladet und verkaufet, zu verstehen sey, zumal Tonnen nnd Faßgüter ohnehin bereits mit einem Geleite von 1 Ggr. von jedem Pferd, belegt wären. Daneben passe der Sinn des Gesetzes nur auf fremde, indem solche um deswillen mit der Zollabgabe belegt seyn, weil sie durch den Verkauf in Gera gewinnen und gleichwohl keine bürgerliche Lasten tragen. Daferne man aber diese Abgabe auch auf Geraer Bürger ziehen wollte, so würde solches den confirmirten Statuten dieser Stadt, von den Jahren 1487. und 1658. zuwider seyn, nach welchen ein dortiger Bürger sich des Marktes ohne Zoll gebrauchen und andere Händel ohne Zoll treiben darf. Ferner machten die Kläger daraus eine Beschwerde, daß auch von andern Tonnen und Faßgütern, in so ferne sie den Werth der Tonnen Honig, Hering und Fischthran haben, der neuerliche Zoll zu 3 Ggr. gegeben, von solchen Tonnen und Faßgütern hingegen, welche solchen Werth nicht haben, nach einer proportionirlichen Verminderung entrichtet werden soll. Der im vorigen Urthel gemachte Unterschied zwischen den Tonnen und Faßgütern, welche den angegebenen Werth haben, oder nicht, gereichte zwar den Klägern in so ferne zum Vortheil, daß die Abgabe von solchen Tonnen und Faßgütern, wo dieser Werth nicht eintritt, verhältnißmäßig vermindert werden soll. Sie fanden sich aber doch dadurch, daß die Abgabe von 3 Ggr. auch auf andere Tonnen und Faßgüter ausge-

dehnt worden, um so mehr beschwert, als die vorige Herren Urthelsverfasser selbst anerkannt haben, daß Zoll- nnd Geleitsrechte in den Reichsgesetzen dergestalt eingeschränkt seyn, daß die dahin gehörige Abgaben nicht neuerlich eingeführt, oder die alten erhöht werden können, und daß auch die Landstände, wenn darinnen Abänderungen vorgenommen werden wollen, Erinnerungen zu machen berechtiget wären. Hiernächst könne hier von keiner Interpretation die Frage seyn, da die Worte der alten Geleitstafel, daß nur von Tonnen Honig, Hering und Fischthran, der Verkäufer die Abgabe von 3 Ggr. entrichten soll, so klar wären, daß sie keiner Auslegung bedürften. Man könne auch nicht annehmen, daß diese Waaren nur beyspielsweise angeführt worden wären, weil kein u. dergl. dabey befindlich ist, welches doch die alte Geleitstafel in andern Stellen, wo gewisse Waaren beyspielsweise angeführt sind, hinzu setze. Eben so wenig stünde im Wege, daß nach eben dieser Geleitsordnung die Bürger dasjenige, womit sie handeln, vergleiten sollen, indem sich der Beysatz, der Ordnung gemäß, dabey befinde, dieser aber nur von den Waaren zu verstehen sey, die nach der Geleitstafel, geleit- und zollbar sind und als solche darinn benannt stehen.

§. 7.

Der Kammer-Procurator beschwerte sich zuerst darüber, daß die Abgabe von 3 Ggr. von andern Tonnen

nen und Faßgütern nur in so fern sie den Werth von Tonnen Honig, Hering und Fischthran haben, entrichtet, anderer gestalt aber nach dem geringern Werth proportionirlich reducirt werden soll. Diese Beschwerde schien ungegründet zu seyn, weil der in dem vorigen Urthel gemachte Unterschied und die darauf gegründete Entscheidung, den Anschein der Billigkeit hatte. Hierzu kam, daß auf diese Art den Beschwerden über unerlaubte Zollausdehnung am besten vorgebeugt werden konnte. Gegen seine dritte Beschwerde, daß die gegebene Entscheidung nur in so ferne gelten soll, als künftig vom Reichs-Kammergericht nicht ein anders erkannt werden würde, wurde vorgestellt, daß dieser dem Urthel gemachte Beysatz allerdings bestehen könne. Denn aus einer bereits ergangenen Reichs-Kammergerichtlichen Ordination, erhelle doch immer so viel, daß die dortige Landschaft geklagt habe und in der Ordination sich zu den Landesherrschaften versehen worden, daß sie mit Ausschreibung aller und jeder Steuern und Anlagen, ohne vorhergegangene Bewilligung der Landstände, oder in grösserer Anzahl, als solche bewilliget worden, an sich zu halten, geneigt seyn würden, widrigenfalls den Landständen den Recurs an dieses höchste Gericht zu nehmen, vorbehalten bleiben soll. Hierüber wäre doch allemal gewiß, daß die gesammte Ritter- und Landschaft gegen die neue Geleitsordnung an dieses höchste Reichsgericht die Appellation interponirt und solcher nie entsagt habe. Noch weniger sey dieselbe für erloschen

erklärt

erklärt worden, und mithin wäre die Sache allerdings noch anhängig. Das angezogene privilegium de non vel certo modo non appellando stehe darum nicht im Wege, weil solches auf Irrungen zwischen den Landesherrschaften und der Ritter- und Landschaft über allgemeine Landesangelegenheiten, besonders aber über neue, oder erhöhte, oder weiter erstreckte Abgaben keine Anwendung leide. Endlich setzte der Kammer-Procurator seine zweyte Beschwerde darinn, daß die Bürger, welche sich das streitige Geleit zu entrichten geweigert, mit Straf und Kosten verschont werden sollen, da sie doch damit belegt zu werden um so mehr verdient hätten, als dieses eine Folge ihrer Widersetzlichkeit und Uebertretung der Ordnung ist.

§. 8.

Allein die Appellanten hatten durchaus keinen Grund, sich darüber zu beschweren, daß die Bürger, welche sich zu ihrer Handelschaft Tonnen Honig, Heringe und Fischthran kommen lassen, die Abgabe von 3 Sgr. bezahlen sollen. Dieses ist selbst der alten Geleitstafel, welche sie doch überall zum Grund gelegt wissen wollen, vollkommen gemäß. Denn mit der darin vorkommenden Stelle, daß von einer Tonnen Honig, item von einer Tonnen Hering und Fischthran, so in der Stadt oder auf dem Lande abgeladen wird, der Verkäufer 3 Sgr. geben soll, muß eine andere Stelle,

wo

wo von den Personen, die vom Geleit befreyt sind, die Rede ist, und die auch in der neuen Geleitsordnung S. 10. wiederholt ist, verbunden werden. Hier heißt es: daß zwar die Bürger von dem, was sie in ihrer Haushaltung erkaufen und verkaufen, vom Geleit frey seyn; womit sie aber handeln und es in fremde Oerter verführen, item, was sie von der Leipziger Messe anhero führen, was für Sachen es auch seyn, ebenfalls der Ordnung gemäß vergleiten sollen. Hieraus folgt also ganz natürlich, daß wenn Bürger mit den benannten Artikeln handeln, sie eben so gut, wie Auswärtige, die Abgabe von 3 Ggr. zahlen müssen, indem es ganz einerley ist, ob die Verkäufer Fremde sind, die diese Waaren in Gera abladen und verkaufen, oder Bürger, welche sich die nämliche Waaren für die Fracht kommen und abladen lassen, und sie alsdann verkaufen, oder sonst damit handeln und den nämlichen Vortheil, wie Fremde, ziehen. Denn, da es einmal unbestritten ist, daß die benannten Waaren an sich zollbare Waaren sind, so hat die Landesherrschaft allemal das Recht die Abgabe von jedermann, er sey einheimisch oder fremde, zu fordern, der keine Befreyung erweisen kann [1]). Hiernächst unterscheidet die alte Geleitstafel das Pferdegeleit von 1 Ggr. für das Pferd, von dem Waarengeleit von 3 Ggr. für die Tonne ganz deut-

1) Zieglers Tract. de iuribus maiestatis Lib. II. Cap. 8. §. 1.

deutlich. Es kann also aus der Bezahlung des Pferdegeleits keine Befreyung von dem Waarengeleit gefolgert werden. Das Pferdegeleit soll das eigentliche wahre Geleit vorstellen, welches von Wagen und Karren, oder den dafür gespannten Pferden und Ochsen, für die Sicherheit auf den Straßen, gezahlt wird; und welches in den dortigen Landen zugleich zur Wegbesserung mit bestimmt ist [2]); das Waarengeleit aber einen auf die Waaren selbst gelegten Zoll oder Aufschlag [3]). Eben so wenig konnten die angezogenen Geraer Statuten hier eine Anwendung leiden, indem solche eben durch die alte Geleitsordnung dahin erklärt sind, daß die Zollbefreyung nur von dem, was die Bürger in ihre Haushaltung erkaufen und verkaufen, nicht aber von dem, womit sie handeln, zu verstehen sey. Zum Überfluß wurden die Bürger in einem Rescript (Vol. I. fol. 42.) versichert, daß man nicht begehre, ihnen die Befreyung von dem, was sie in ihr Haushalten kaufen und verkaufen, zu entziehen.

§. 9.

Gleichergestalt war die Beschwerde, daß die Abgabe von 3 Ggr. auch von andern Tonnen und Faßgütern gegeben werden soll, ungegründet. Die revidirte Ge-

2) Pütters auserlesene Rechtsfälle II. B. 4 Th. 238. Resp. num. 189.

3) Moser von der Landeshoheit in Steuersachen, Kap. 15. §. 34.

Geleitsordnung vom Jahr 1779. hat hierin würklich keine neue Abgabe eingeführt, noch die alte erhöht, oder ausgedehnt, sondern die alte Geleitsordnung ist durch dieselbe blos nur näher bestimmt und erklärt worden. Vielmehr ist die Abgabe von 3 Ggr. auch von andern Tonnen und Faßgütern der alten Geleitstafel vollkommen gemäß. Denn es läßt sich schon an sich kein befriedigender Grund angeben, warum diese Abgabe nur von Tonnen Honig, Heringen und Fischthran entrichtet werden soll, da doch bey andern Tonnen und Faßgütern völlig der nämliche Grund eintritt, diese eben so gut an sich zollbare Gegenstände sind, womit gehandelt wird, und Waaren enthalten können, womit eben so viel und wohl mehr, als mit jenen Artikeln, gewonnen werden kann. Wenn nun gleich in der alten Geleitstafel bey der Abgabe von 3 Ggr. nur der Tonnen Honig, Hering und Fischthran Erwehnung geschehen, so ist doch leicht zu erachten, daß diese lediglich nur, als Beyspiel angeführt worden seyn. Dieses ist um so mehr zu behaupten, weil die Appellanten selbst (Vol. II. fol. 45.) angeführt haben, wie der von den vorigen Herren Urthelsverfassern angenommene Vermuthungsgrund, warum in der alten Geleitstafel nur jener dreyen Arten von Tonnen Meldung geschehen, daß nämlich ehemals blos Honig, Heringe und Fischthran gewöhnlich nach Gera gebracht worden, unrichtig sey. Sodann ergiebt sich die Wahrheit, daß die Bezahlung der 3 Ggr. von andern Tonnen und Faßgütern

gütern der alten Geleitstafel gemäß sey, auch aus jener schon angeführten Stelle, nach welcher die Bürger von den Waaren, womit sie handeln, was vor Sachen es auch seyn, das Geleit entrichten sollen. Der gemachte Beysatz, der Ordnung gemäß, kann unmöglich den Sinn haben, daß die Abgabe nur von Tonnen Honig, Hering und Fischthran gegeben werden soll, indem eine dergleichen Auslegung mit dem so bestimmten Ausdruck, was für Sachen es auch seyn, in offenbaren Widerspruch stehen würde. Da nun in der revidirten Geleitsordnung weder ein neuer Zoll eingeführt, noch ein alter erhöht oder ausgehnt worden, so findet schon um deswillen die angezogene Stelle der K. Wahlkapitulation hier keine Anwendung. Da ferner mit diesen Abgaben blos nur Landesunterthanen, die mit den Waaren im Lande handeln, belegt, die fremden durchgehenden Waaren aber gar nicht beschwert werden, so wird dadurch die Handlung mit Auswärtigen nicht gestört [4]), und fällt also ein Hauptgrund jener Stelle der

4) v. Hopffgartens exercit. de iure vectigalium in sacro imperio romano, Sect. I, §. 38. Imperatoris et Electorum concessio necessario requiritur, quoties vectigali instituendo, Imperii subditi ac mercatores extranei obnoxii esse debent. Exinde sua sponte consequitur, statibus Imperii vi superioritatis territorialis, eatenus competere ius constituendi vectigalia, quatenus illa inter subditos subsistunt et non simul extraneos onerant. v. Ludewigs Erläuterung der güldenen Bulle I. Th. S. 883. Speners teutsches ius publicum I. Th. B. 1. Kap. 9. §. 12. Jargows Einleitung zu

der W. C. hinweg. Gesetzt nun auch, daß ohne Einwilligung der dortigen Landstände im Zoll- und Geleitswesen nichts neues eingeführt werden darf, so kam doch eben darum, weil durch die renovirte Geleitsordnung keine Neuerung gemacht worden, auf den Umstand, ob die dortigen Landstände darein gewilliget haben, nichts an. Indessen ließen die Appellanten (Vol. I. fol. 419.) selbst dahin gestellt seyn, ob die gräfl. Reuß Plauische Landstände bey Erlassung der Geleitsordnungen jemals concurrirt haben, oder nicht. In einem Rescript fol. 264., wurde behauptet, daß die Stände bey vormaliger Erlassung der Geleitsordnungen niemalen concurrirt haben. Auch schienen die Stände selbst in ihrem Schreiben fol. 269. sich nur auf eine Befugniß einzuschränken, mit unvorgreiflichem Rath an die Hand zu gehen, und die Nothdurft des Publicums und die nöthige Erinnerungen unterthänigst vorzutragen. Uebrigens war das von dem angeblichen langen Nichtgebrauch der Abgabe von 3 Ggr. bey den Bürgern, hergenommene Argument in den Entscheidungsgründen des vorigen Urthels schon genugsam widerlegt und nichts erhebliches dagegen vorgebracht.

§. 10.

zu der Lehre von den Regalien, 2. B. 8. Kap. §. 5. v. Kreittmayr Grundriß des allgemeinen deutsch- und Bayrischen Staatsrechts. §. 92.

§. 10.

Dahingegen war des Kammer-Procurators erste und dritte Leuterungsbeschwerde wohl gegründet. Denn da, was die erste betrift, die Abgabe von 3 Ggr. blos auf Tonnen und Faßgüter, ohne Rücksicht auf deren Werth gelegt ist, und in der alten Geleitstafel die Tonnen Honig, Heringe und Fischthran, nur als Beyspiele angeführt sind, so ist offenbar, daß die Geleitstafel nicht auf den Werth dieser beyspielsweise angeführten Waaren gesehen hat. Es ist also gleichviel, ob die in andern Tonnen und Faßgütern enthaltene Sachen den Werth von jenen genannten Tonnen haben, oder nicht. Hiernächst begnügt sich die Geleitsordnung mit 3 Ggr. auch alsdann, wenn die in Tonnen und Fäßern befindliche Sachen den Werth von Tonnen, Heringen und Fischthran übersteigen. Also ist der Billigkeit gemäß, daß die nämliche Abgabe ebenfalls entrichtet werde, wenn die andern Tonnen und Faßgüter von geringern Werthe sind. Der im vorigen Urthel gemachte Unterschied zwischen Tonnen und Faßgütern, die den Werth der namentlich angeführten Waaren haben, oder von geringern Werthe sind, und die darauf gebaute Entscheidung, daß nur bey jenen die Abgabe von 3 Ggr. zu entrichten, hingegen bey den letztern verhältnißmäßig zu vermindern sey, ist dem Sinne der Geleitsordnung ganz entgegen. Denn eben daraus, daß schon die alte Geleitstafel Tonnen Honig,

He-

Heringe und Fischthran einander gleichsetzt, die doch von verschiedenen Werth sind, ist deutlich abzunehmen, daß in Absicht auf die Abgabe von 3 Sgr. auf den Werth der Waaren gar nicht gesehen worden sey. Es würde auch, wenn man den aufgestellten Unterschied beobachten wollte, auf die Zukunft nichts als Gelegenheit zu unzähligen Streitigkeiten gegeben werden.

§. 11.

Anlangend nun die dritte Beschwerde, so setzte ein Regierungs-Protocoll (Vol. I. fol. 325.) ausser Zweifel, daß der dem letzten Urthel gemachte Anhang, auf der irrigen Voraussetzung beruhte, als wäre wegen der Geleitsordnung eine Litispendenz bey dem höchsten Reichs Kammergericht vorhanden, da doch bey keinem der Reichsgerichte der Geleitsordnung wegen ein Proceß anhängig geworden ist. Die Appellanten gestunden auch selbst fol. 371. 381. wie nicht gesagt werden könne, daß eigentlich über die neue Geleitsordnung selbst bereits ein Rechtsstreit bey dem höchst preißl. Reichs Kammergericht im Gange wäre. Die vorhandene kammergerichtliche Ordination konnten Appellanten nicht für sich anziehen, weil sie eines Theils von dem Geleit nichts enthält [5]), andern Theils schon am 13. September 1777. erlassen, die erneuerte Ge-

5) Der Hr. geh. Justitzr. Pütter hat solche in den Rechtsfällen III. B. 2. Th. S. 558. ganz abdrucken lassen.

leitsordnung aber vom 30. Decbr. 1779. erst datirt und im Jahr 1780. gedruckt ist. Diese Entscheidung war auch darum auf den gegenwärtigen Fall nicht anwendbar, weil, wie schon gedacht, in der renovirten Geleitsordnung keine neue Anlage gemacht worden ist. Ueberdieß wollte die Stadt Gera an jenem Proceß, welcher die Ordination veranlaßte, vermöge des Protocolls fol. 466. u. f. gar keinen Antheil genommen haben, welches die Appellanten fol. 374. unumwunden einräumten. Zwar hat die Ritter- und Landschaft gegen die erneuerte Zoll- und Geleitsordnung eine Appellation interponirt. Sie hat aber solche nicht weiter prosequirt, sondern alle Fatalien versäumt, wodurch die Appellation von selbst desert geworden [6]), dergestalt, daß es einer Desertionserklärung, oder einer Entsagung einer ohnehin erloschenen Appellation nicht bedurfte. Unmöglich kann der bloßen Interposition einer Appellation, die der Appellant in der Folge gar nicht fortsetzt, eine beständig fortdauernde Wirkung beygelegt werden. Da nun also die Appellation ohnehin erloschen ist, so brauchte man auf die Frage, ob sie wegen des gräfl. Reußischen privilegii de non vel certo modo non appellando statt gehabt habe, weil solches bey den Appellationen an die höchsten Reichsgerichte Definitiverkennt-

6) Cap. 33. X. de appellat. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses §. 1159. Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß I. Th. 2. Abth. §. 360.

kenntnisse, und daß in der Leuterungs- und Oberleuterungsinstanz schon erkannt worden, voraussetzt, sich nicht einzulassen.

§. 12.

Des Kammer-Procurators zweyte Beschwerde war aber unerfindlich. Bey der gegenwärtigen Streitigkeit kam es allerdings auf eine rechtliche Entscheidung an, ob die Geraer Bürger das in Frage gekommene Geleit zu bezahlen schuldig seyn? Mithin haben die Geraer Bürger, welche bis dahin die Zahlung verweigert, keine unerlaubte Handlung begangen, und verdienten dahero auch keine Strafe. Da ferner diese Sache so viel Aufsehen erregt hatte, daß die ganze Bürgerschaft sich dieser Bürger angenommen und die Landstände wider die erneuerte Geleitsordnung Vorstellungen gemacht und dagegen appellirt haben, so konnte man auch nicht sagen, daß sie freventlich gestritten haben, und deswegen verdienten sie auch nicht in den Kostenersatz verurtheilt zu werden. Uebrigens sind die Leuterungsexpensen darum billig zu vergleichen gewesen, weil das vorige Urthel theils abgeändert, theils bestätiget worden ist.

§. 13.

Die hiesige Juristen-Facultät hat also, ausser einem das Syndicat betreffenden Nebenpunct in der Hauptsache folgendermaßen erkannt: Daß es, der Ap-

pellanten Beschwerden ungeachtet, bey dem am 26. Jun. des 1788sten Jahrs eröffneten, Vol. I. fol. 287. sqq. befindlichen Urthel sein Verbleiben habe. Anlangend des Appellatens Leuterung und dessen erste Beschwerde, erscheinet nunmehro allenthalben so viel, daß Appellanten die Abgabe von 3 Ggr. von andern Tonnen und Faßgütern nicht blos nur, sofern sie den Werth von Tonnen Honig, Hering und Fischthran haben, zu entrichten verpflichtet, anderer gestalt aber solche nach deren geringern Werth proportionirlich zu reduciren wären, sondern es sind vielmehr Appellanten die Abgabe von 3 Ggr. von andern Tonnen und Faßgütern, ohne Unterschied, ob sie den Werth von Tonnen Honig, Hering und Fischthran haben, oder nicht, zu bezahlen schuldig. Gleichergestalt ist in Ansehung der dritten Beschwerde des Appellatens der dem vorigen Urthel gemachte Beysatz, daß die vor jetzt gegebene Entscheidung nur in so ferne bestehe, als sie nicht durch eine in caussa coram Camera Imperiali iam pendente künftig ergehende anderweite Decision eine Abänderung erleidet, gestalten Sachen nach, allerdings wegzulassen. Uebrigens aber und wegen der zweyten Beschwerde hat es bey dem vorigen Urthel lediglich sein Bewenden. Endlich werden die Leuterungsexpensen aus bewegenden Ursachen gegen einander verglichen. V. R. W.

XV.

XV.

Von der geistlichen Vermählung eines Bischoffs mit seiner Kirche.

§. 1.

Man hat in den ältern Zeiten verschiedene Lehren in der Kirche vorgetragen, welche, wenn sie nach dem Sinn erklärt werden, den man ursprünglich damit verbunden hat, gut und nützlich, wenigstens der Kirche unschädlich sind. Viele dieser Lehren sind erst in der Folge der Zeit unrichtig ausgelegt und verdorben, vorzüglich aber von den Päbsten zur Erreichung ihrer Absichten, gemißbraucht worden. Die Lehre von der geistlichen Ehe giebt hiervon ein deutliches Beyspiel. Diese Lehre war anfangs in guter Meinung ausgedacht. Sie wurde aber nachher nicht nur äusserst verunstaltet, wie selbst die vorzüglichsten katholischen Kirchenrechtslehrer unumwunden gestehen, sondern sie mußte auch ein Mittel mit abgeben, die päbstlichen Vorrechte zu vergrössern, und der gesammten Hierarchie mancherley Vortheile zu verschaffen. Daher hat diese Lehre einen Einfluß in mehrere Gegenstände des Kirchenrechts bekommen. Insbesondere hatte Innocenz III. sonderlich in dem cap. 2. u. 4. X. de translatione Episcopi das Spielwerk mit dieser Lehre am weitesten getrieben, sie aber auch recht gut zu benutzen gewußt. Meines

Wissens hat blos der ehemalige Würzburger Canonist Barthel [1]) eine eigene Abhandlung über diesen Gegenstand geschrieben; da aber die Sache noch aus einem andern Gesichtspuncte betrachtet zu werden verdient, so habe ich diese wenige Blätter dazu bestimmt.

§. 2.

Wenn man die ältern und neuern Kirchengesetze zusammen nimmt, so kommt eigentlich eine dreyfache geistliche Vermählung heraus. Zuerst des Pabsts mit der gesammten Kirche [2]). Hernach des Bischoffs mit seiner besondern Kirche, oder Dioeces. Sie wird im vorzüglichen Verstande das matrimonium spirituale genannt [3]) und macht den Vorwurf dieser Abhandlung aus. Daneben geschieht aber auch einer geistlichen Ehe zwischen dem Priester, oder Pfarrer und seiner Kirche Erwähnung. So führt Gratian C. 4. Caus. XXI. Qu. 2. aus den Schlüssen einer im Jahr 630. zu Rheims gehal-

1) Resolutio quaestionis: an Episcopi verum cum ecclesia sua contrahant matrimonium spirituale, quod initiatur per electionem, ratum fiat per confirmationem et consummatum per consecrationem et ad quos effectus? Opusc. Tom. II. pag. 466. sqq.

2) Gonzalez Tellez in Comment. in Decretal. Tom. I. pag. 353. not. f. Bonifacius VIII. nennt in dem Cap. 4. X. de immunit. eccles. die Kirche ausdrücklich sponsam nostram.

3) Hrn. geh. Justitzr. Böhmers principia iuris canonici §. 553.

haltenen Kirchenversammlung 4) folgende Stelle an: Sicut in unaquaque ecclesia unus Presbyter debet esse, ita ipsa, quae sponsa, vel uxor eius dicitur, non potest dividi inter plures Presbyteros, sed unum tantummodo habebit sacerdotem, qui eam caste et sincere regat. Unde interdicimus, ut nullus praesumat Ecclesiam inter duos vel plures dividere: quia Ecclesia Christi uxor et sponsa debet esse, non scortum, sicut Calixtus Papa testatur. Eben so heißt es auch in den Capitularien Carls des Grossen und Ludwigs des Frommen Lib. VI. Cap. 75. 5). Quapropter omnibus placuit, ut nullus Presbyter amplius quam unam ecclesiam sibi vindicet. Quae sicut quisque secularis non amplius quam unam habere debet uxorem, ita et unusquisque Presbyter non amplius quam unam habere debet ecclesiam 6).

§. 3.

Die Vergleichung des Ehestandes mit dem Bande, wodurch Bischöffe und Seelsorger an ihre Kirchen gebunden seyn sollen, ist sehr alt. Nach dem Zeugniß

4) Daß diese Stelle fälschlich dieser Kirchenversammlung zugeschrieben werde, und eine andere Entstehung habe, beweißt BERARDI in dem schätzbaren Werk: Gratiani Canones genuini ab Apogryphis discreti P. I, Cap. 37. pag. 315. ed. Venet.

5) Bey Georgisch pag. 1523.

6) Man vergl. noch Thomassins vet. et nov. eccles. discipl. circa beneficia P. II. Lib. III. Cap. 4. §. 1. 2. nach der Mainzer Ausgabe Tom. VI. pag. 24. 25.

des Hieronymus [7]) hat man diese Vergleichung schon auf der Nicänischen Kirchenversammlung gebraucht. Die nächste Veranlassung gab der Umstand, daß Bischöffe und Priester häufig ihre Kirchen verlassen und anders wohin zu kommen gesucht haben. Dieses geschah anfangs in den Zeiten der Verfolgung aus Furcht, um der bevorstehenden Gefahr zu entgehen, nachher aber gemeiniglich aus eigennützigen Absichten [8]). So wie man nun diese Verlassungen der einmal anvertrauten Kirchen und die Wanderungen von einer Kirche zur andern, nicht mit gleichgültigen Augen angesehen, vielmehr ernstlich verboten hatte; so gebrauchte man auch jene Vergleichung als einen Beweggrund, diesem Uebelstand abzuhelfen. Man verfiel auf diese Lehre, weil man gewohnt war, die Vereinigung Christi mit der Kirche unter dem Bilde der Ehe vorzustellen [9]). Hierzu kam, daß verschiedene biblische Stellen von der Jungfrau und Braut im mystischen Verstande auf die Kirche gezo-

7) in epist. ad Ocean. de unius uxoris viro; beym Thomassin l. c. P. II. Lib. 3. Cap. 1. num. 17. et hoc in Nicaena quoque Synodo a patribus esse decretum, ne de alia ad aliam ecclesiam Episcopus transferatur, ne virginalis pauperculae societate contemta, ditioris adulterae quaerat amplexus. Das nämliche ist auf einer im vierten Jahrhundert zu Alexandrien gehaltenen Kirchenversammlung geschehen, davon die Stelle beym Barthel l. cit. pag. 468. steht.

8) Ziegler in not. ad Lancellot. pag. m. 107.

9) FLORENS in tract. de sponsalibus et matrimoniis, in Oper. Tom. II. pag. 137. sq.

gezogen wurden, um die geistliche Vereinigung der Gläubigen mit Christo anzuzeigen. Auch belegten einige Kirchenväter die Kirche bald mit dem Namen Mutter, bald mit der Benennung Ehegattin [10]). Freylich war es immer unschicklich, die Kirchendiener an die Stelle des Hauptes der Kirche zu setzen, und die Kirche, die nach der mystischen Auslegung Christi Braut seyn sollte, als Braut und Ehefrau der Bischöffe und anderer Geistlichen darzustellen [11]). Aber welche Ungereimtheiten erlaubte man sich in jenen Zeiten nicht! und übrigens bleibt doch allemal so viel gewiß, daß die Lehre von dem geistlichen Ehestande ursprünglich eine gut gemeinte Absicht, ihrer Unschicklichkeit ungeachtet, gehabt habe.

§. 4.

Man gebrauchte also Anfangs die Lehre von der geistlichen Vermählung, als eine bloße Allegorie, um unter dem Bilde der Ehe die genaue Verbindung des Bischoffs mit seiner Kirche anzuzeigen, und suchte durch die Ausbreitung dieser Lehre hauptsächlich folgende Absichten

10) J. H. Böhmers diss. de romana ecclesia matre indulgentissima §. 1. in I. Eccl. Tom. IV.

11) Dieses hat bereits der oben angeführte Hieronymus in den Worten eingesehen: quidam coacte interpretantur uxores pro ecclesiis, viros pro episcopis debere accipi. Ziegler am ang. O. S. 103. Nellers diss. II. de translatione Episcopi §. 9. not.**) in Schmidts thes. iur. eccles. Tom. III. pag. 43.

sichten zu erreichen. Zuerst, um wie schon gedacht, zu bewürken, damit die Bischöffe und andere Seelsorger nicht so leichtsinnig ihre Kirchen verlassen, und die so häufig gewordene Translationen seltener werden möchten. Die Verlassung seiner Kirche, selbst in dem Fall einer bevorgestandenen Lebensgefahr, schien immer mit den Pflichten eines getreuen Hirten nicht vereinbarlich zu seyn. Die Uebergänge der Bischöffe, Priester und Diakonen von einer Kirche zür andern wurden von Anbeginn an gemißbilliget. Schon das Nicänische Concilium verbot sie, und mehrere folgende schärften dieses Verbot mit nachdrücklichen Strafen, jemehr die Erfahrung lehrte, daß Ehr- oder Geldgeitz die nächste Veranlassung zu Translationen war [12]). Vorzüglich stark hat sich auf dem Sardicensischen Kirchenrath der vorsitzende Bischoff Osius dagegen erklärt, welcher [13]) unter andern sagte: manifesta enim est caussa, pro qua re hoc facere tentat, cum nullus in hac re inventus est Episcopus, qui de maiori civitate ad minorem transiret. Unde apparet auaritiae ardore eos inflammari et ambitioni servire, ut dominationes agant, wiewohl damals der Eifer gegen die Arianer grossen Einfluß hatte, welchen man vorwarf, daß sie durch ihre häuffigen Veränderungen ihre Lehren auszubreiten suchten, und andere Unord-

12) Philipp Adam Ernst Ditterichs diss. de translatione Episcoporum. (Argent. 1773.) Cap. I. §. 4. sqq.

13) in dem decreto IVONIS P. V. Cap. 185. nach des Molinaeus Ausgabe pag. 174.

Unordnungen in den morgenländischen Kirchen gemacht hätten [14]. Nur der Fall der Nothwendigkeit und des offenbaren Nutzens der Kirche konnte die Translationen rechtfertigen. Bey dem Verbot der ausserdem unternommenen und eigenmächtigen Wanderungen nahm man nun, ausser den Beweggründen, die von dem Schaden der Kirche, dem Aergerniß des Volkes und der Unlauterkeit der Absichten, hergenommen wurden, immer auf den Satz Rücksicht, daß so wenig ein Ehegatte seine Gattin verlassen und eine andere nehmen dürfe, eben so wenig solches einem Geistlichen in Betracht seiner Kirche erlaubt sey [15]. Hiernächst benutzte

14) FLORENS ad tit. Decretal. de translatione Episcopi in Oper. Tom. I. pag. 211.

15) Eybels Einleitung in das katholische Kirchenrecht. IV. Th. §. 449. not. e). ESPEN in Iure Eccles. Univ. P. I. Tit. 15. Cap. V. §. 5. porro seu disciplinam veterem, sive recentiorem attendamus, Episcopus semel certae ecclesiae datus, et ordinatus, illi tanquam perpetuus illius minister ac pastor alligatus est, eamque quodammodo sibi sponsam et uxorem desponsat; ideoque eam facile deserere aut aliam desponsare, adulterii cuiusdam spiritualis species Patribus olim visa fuit, praeterquam quod transcursiones de una ad aliam ecclesiam, ipsis ecclesiis perniciosas et populo scandalosas existimarent, nec aliunde, quam ex avaritia, vel ambitione procedere. Hiermit scheint nun zwar in Widerspruch zu stehen, wenn ebenderselbe Cap. VI. §. 2. schreibt: sed eum esse vinculi nexum, quo Episcopus ecclesiae suae vinculatur, siue alligatur; qualis est nexus matrimonialis inter ipsos coniuges, nequaquam apud antiquos legitur. Ferner §. 5. suam indignationem contra has de

te man die Lehre von der geistlichen Ehe, um einen der Kirche noch schädlichern Mißbrauch abzuwenden, damit nämlich, kein Bischoff mehr, als ein Bisthum, kein Pfarrer mehr, als eine Pfarrey haben sollte. Ueberhaupt sollten mehrere Beneficien in einer Person nicht vereiniget werden, von welcher Disciplin die katholische Kirche in neuern Zeiten durch mancherley aufgestellte Ausnahmen und Distinctionen bekanntlich ganz abgewichen ist [16]). Die ältern hierher gehörigen Verordnungen und Zeugnisse hat Thomassin [17]) fleißig gesammelt. Aus solchen will ich zum Beweis, daß man auch bey der verbotenen Verbindung mehrerer Bisthümer oder Pfarren in einer Person, Gebrauch von jener Lehre gemacht hat, nur zwey Beyspiele anführen. Der bekannte Hincmar von Rheims schreibt: nos autem moderni et gallicani Episcopi, novos canones facere conamur, ut liceat nobis, quod gravius est, quam car-

de una ad aliam ecclesiam transitiones, non fundant patres in violatione vinculi spiritualis matrimonii inter Episcopum et ecclesiam etc. Wahrscheinlich hat es aber Espen so verstanden, daß die alten Kirchenväter die Lehre vom geistlichen Ehebande nicht in dem Sinne genommen haben, in welchem sie in den spätern päbstlichen Kirchengesetzen vorkommt. Wenigstens läßt sich dieses aus §. 12. schließen. Denn daß man in den alten Kirchengesetzen Gebrauch von der Lehre vom geistlichen Ehestande gemacht habe, ist unstreitig richtig.

16) Barthel l. c. §. 5. 7.

17) in dem ganzen dritten Buch, wo de pluralitate beneficiorum gehandelt wird.

carnali commercio, spirituali adulterio, aut duas uxores, id est, duas sedes simul habere, aut uxorem simul et concubinam tenere, vel vivente licet infirma uxore, id est, ecclesia nostra, persecutione qualibet rebus ac possessionibus imminuta, ad alterius copulam transmigrare. Desgleichen der Erzbischoff Herard von Tours: ut presbyter non amplius, quam unam ecclesiam habeat, sicut vir unam uxorem. Daneben gebrauchte man diese Lehre auch zu der Materie von der Nothwendigkeit der Residenz an dem Ort seines Amts und seiner Pfründe. Endlich noch gegen die sogenannten Schottischen Bischöffe [18]). Diese waren arme herumirrende Bischöffe, die keinen bestimmten Sitz und Titel hatten und von den Localbischöffen ganz verschieden waren. Man fand sie nicht nur an Orten und Gegenden, wo noch keine beständige und bleibende Bisthümer errichtet waren, sondern sie ließen sich auch zu Gehülfen der Localbischöffe brauchen. Gegen solche wurde unter andern auf einer im Jahr 524. zu Valenza gehaltenen Versammlung verordnet: nec ullum sanctorum sacerdotum quispiam ordinet, qui localem se futurum primitus non spoponderit. Hier war nun der Fall offenbar wieder vorhanden, wo die Lehre von der geistlichen Vermählung ihre Anwendung fand.

§. 5.

18) Von solchen und ihrer Benennung handelt mit mehrern CIRONIUS Observation. iuris canonici Lib. I. Cap. 13.

§. 5.

Diese Lehre von der geistlichen Vermählung wurde nun in der Folge äusserst verunstaltet und gemißbraucht. Die Veranlassung gab die berüchtigte Sammlung des Isidors, aus welcher Gratian so viele Stellen seinem Decrete einverleibte [19]). Aber Innocenz III. mißbrauchte sie unstreitig am stärksten. Denn die Sache hörte auf ein Gleichniß zu seyn, und man behauptete eine würkliche wahre geistliche Ehe zwischen dem Bischoff und seiner Kirche [20]). Innocenz III. betrachtet in dem Kap. 2. X. de transl. Episc. [21]) den geistlichen Ehestand, eben so wie den fleischlichen, als von Gott selbst eingesetzt, nur mit dem Unterschied, daß dieses Band noch stärker sey, und dahero um so gewisser nur von Gott und dessen Statthalter getrennt werden könne [22]). Daher wurde alles, was die

19) BERARDI P. II. Cap. 3. pag. 42. sq. J. H. Böhmer in not. ad Corvini ius canonicum, pag. 29.

20) Barthel l. c. §. 3. Mauri Schenkl institutiones iuris ecclesiastici P. II. §. 496. not. a).

21) Cum ergo fortius sit spirituale vinculum, quam carnale, dubitari non debet, quin omnipotens Deus spirituale coniugium, quod est inter Episcopum et ecclesiam, suo tandem iudicio reservaverit dissoluendum, qui dissolutionem etiam carnalis coniugii, quod est inter virum et feminam, suo tantum iudicio reservavit: praecipiens, ut quos Deus coniunxit homo non separet. Non enim humana, sed potius divina potestate coniugium spirituale dissolvitur.

22) Ueber die fruchtlosen Bemühungen der Canonisten, diesen Text durch eine geschickte Auslegung zu retten, verdient Nel-

die canonischen Rechte bey der Ehe erfordern, auf diese geistliche Vermählung angewandt. So steht in dem Cap. 4 spirituale foedus coniugii, quod est inter Episcopum et ecclesiam, in electione initiatum, ratum in confirmatione et in consecratione intelligitur consummatum. Dieses soll nun so viel heißen. Durch die Einwilligung des Gewählten in seine Wahl, geschieht die geistliche Verlobung [23]), durch die Bestätigung wird das Band der Ehe gültig geschlossen, und durch die Consecration in der Art vollzogen, daß der Bischoff nunmehr die bischöfflichen Verrichtungen, wozu ihn die Consecration berechtiget, ausübt und durch die Priesterweihe gleichsam Söhne der Kirche erzeugt [24]). Deswegen ist auch der Ring, welcher dem Bischoffe bey der Consecration übergeben wird, ein Zeichen seiner Vermählung mit der Kirche [25]). Die freywilligen Verlassungen und ohne Noth unternommenen Uebergänge zu einer andern Kirche, wurden als ein förmlicher Ehebruch angesehen [26]). Eben so die eigenmächtige Vereinigung mehrerer Diöcesen in einer Person, als eine Poligamie [27]). Man nannte die Kirchen, die entweder gar keinen, oder einen noch nicht consecrirten, oder einen untauglichen Bischoff hatten, verwittibte Kirchen [28]). Die Canonisten trieben dieses alles, wie gewöhn-

Neller diss. 2. §. 13. 14. nachgelesen zu werden, der endlich mit den Worten schließt: ex his apparet, laborare, et torqueri in vanum Canonistarum ingenia in salvando Innocentii III. ratiocinio, quod saluare nemo tenetur.

23) Cap. 21. X. de electione.
24) Neller ib. in fine pag. 53. sqq.
25) Dessels erotemata iuris canonici Lib. I. Tit. 7. Qu. 2. Kirchmann de annulis (Francof. 1672. 8.) pag. 136.
26) C. 39. Causs. 7. Qu. 1.
27) Barthel §. 5.
28) Cap. 2. §. 1. X. de transl. Episc. Jedoch wurde auch schon in ältern Zeiten die Kirche, die ihren Bischof verlohren hatte, ecclesia viduata genennt. Böhmers ius parochiale Sect. VIII. Cap. 1. §. 21.

wöhnlich, noch weiter. Sie behaupteten die geistliche Ehe auch zwischen Titularbischöffen und den Kirchen, von welchen sie den Namen führen [29]. Aus diesem Grunde können auch solche Bischöffe zu einem andern Bißthum nicht gewählt, sondern nur postulirt werden [30]. Ja Zoesius [31]) lehrt sogar, daß die geistliche Ehe nicht einmal durch den Tod getrennt werde, und der Bischoff, wenn er wieder lebendig würde, soll verbunden seyn, zu seiner Kirche wieder zurückzukehren [32].

§. 6.

Es ist nun noch übrig, die vornehmsten Folgen anzugeben, welche aus der so sehr gemisbrauchten Lehre von einer vermeintlichen wahren geistlichen Vermählung des Bischoffs mit seiner Kirche, zum Vortheil der Hierarchie überhaupt und des päbstlichen Stuhls insonderheit, gezogen worden sind, und die darunter verborgen liegenden politischen Absichten mit wenig Worten anzuzeigen. Sobald man einmal die würkliche geistliche Ehe behauptete, so konnte es nicht fehlen, daß man von der fleischlichen auf diese Schlüsse machte. So wie die Braut, wenn sie es zu thun vermögend ist, ihrem Bräutigam ein Heyrathsgut mitzubringen pflegt, um die Lasten des Ehestandes zu erleichtern, so mußte nun auch die geistliche Braut eine Ausstattung bekommen. Dieses war nach den Begriffen, welche in dem Decrete [33]) von der Nothwendigkeit der Dotation

29) Gonzalez Tellez l. c. pag. 353. not. g.

30) Pertsch elementa iuris canonici P. I. §. 406.

31) ad Decretales Lib. I. Tit. 7. num. 3.

32) Gonzalez Tellez l. c. pag. 349. num. 16.

33) C. 4. §. 1. Caus. 3. Qu. 4. Quisquis ergo non legitime coniunctus, vel absque dotali titulo, ac benedictione

tation überhaupt aufgestellt werden, doppelt nothwendig. Hierdurch bekam die Lehre von der dote ecclesiastica einen festen Grund 34). So wie es Pflicht des Vaters ist seine Tochter auszustatten, so wurde es dem Stifter einer Kirche, als dem angeblichen geistlichen Vater, gleichfalls zur Schuldigkeit gemacht, der Kirche eine und zwar hinlängliche Mitgift zu geben. Zwar hat schon Justinian 35) dafür gesorgt, daß die Erbauer der Kirchen etwas festsetzen sollen, wovon die Kirchen künftig erhalten werden können. Aber das canonische Recht hat dieses alles weit vollständiger und genauer bestimmt. Daher soll ein Bischof eine Kirche nicht eher consecriren, bis erst die Sache mit der dote congrua ihre Richtigkeit hat 36). Da ferner das römische Recht bey der Quantität des Heyrathgutes unter andern auch auf die Würde des Bräutigams sieht, so hat man dieses weislich nachgeahmt und zwischen der Dotation einer Cathedral- Collegiat und Pfarrkirche unterschieden 37). Denn, wenn gleich die geistliche Ehe im vorzüglichen Verstande nur von dem Bischoff angenommen wird, so hat man doch den Gedanken, daß eine gleiche Ehe auch bey geringern Geistlichen eintrete, nicht vergessen. Hiernächst gebrauchte man unsere Lehre auch zum Beweis des dem Bischoff schuldigen Gehorsams. Was in der Bibel von der Unterwürfig-

ne sacerdotis constat copulatus, sacerdotes, vel legitime coniunctos criminari, vel in eos testificari minime potest. C. 1. Caus. 30. Qu. 5. Aliter legitimum non fit coniugium, nisi ab his — et a parentibus et propinquioribus sponsetur et legibus dotetur. Beyde Texte sind aus der verfälschten Sammlung des Isidors genommen. BERARDI l. c. pag. 41. 89.

34) Ziegler de dote ecclesiae, Cap. 4. §. 8. sqq. hat dieses überzeugend bewiesen.

35) Nov. 67. Cap. 2.

36) Cap. 8. X. de consecr. eccles.

37) Böhmers Ius parochiale, Sect. V. Cap. I. §. 14. sqq.

keit der Weiber und in römischen Gesetzen von der Gewalt des Ehemannes vorkommt, das ließ sich mit leichter Mühe auf den geistlichen Ehegatten anwenden. So steht in einer Stelle aus einem angeblichen Briefe des **Evaristus**, die der unten angeführte Ziegler S. 33 abdrucken lassen: Et velut uxor, quae sub manu est viri, obedire debet viro suo, eumque diligere et amare, ita potius etiam ecclesia Episcopo suo in omnibus obedire, eumque diligere et amare, ut animam suam debet, quia illud fiet carnaliter, istud spiritualiter. Es thut nichts zur Sache, daß dieser Brief erdichtet ist. Denn seitdem **Gratian** andere Stellen aus eben diesem Briefe in sein Decret aufgenommen hat, so zweifelte man nicht an seiner Aechtheit, und führte eben die Sprache, die man dem **Evarist** in den Mund legte. Ferner diente diese Lehre auch noch dazu. Der Kirche wurde das ursprüngliche Collegialrecht, unwürdige und lasterhafte Kirchendiener abzuschaffen, so wie so viele andere gesellschaftliche Rechte entzogen. Diese Entziehung konnte die Lehre von der geistlichen Ehe rechtfertigen und die Clerisey sicher stellen, daß sie eine Absetzung von ihren Gemeinden nicht zu befürchten hatte. Unter dem Vorwande, daß eine Ehegattin ihren Mann nicht verlassen dürfe, wurde allen Kirchen geschärftest verboten, ihren Bischoff zu verlassen, sich von ihm zu trennen, oder bey seinem Leben einem andern Bischoff sich zu unterwerfen. Man erlaube mir zum Beweis noch eine Stelle aus dem Briefe des **Evaristus** anzuführen. Sie steht in C. 11. Caus. VII. Qu. 1. Et sicut uxori non licet dimittere virum suum, ut alteri se, vivente eo, matrimonio societ, aut eum adulteret, licet fornicatus sit vir eius, sed iuxta Apostolum aut viro suo reconciliari debet, aut manere innupta; ita Ecclesiae non licet dimittere Episcopum suum, aut ab eo se segregare, ut alterum vivente eo accipiat, sed aut ipsum habeat, aut innupta maneat, id est, alterum Episcopum, suo vivente, non accipiat, ne fornicationis aut adulterii crimen incurrat.

§. 7.

§. 7.

Aber den meisten Vortheil wußten die Päbste aus der Lehre von der geistlichen Ehe zu ziehen. Aus solcher konnte sehr leicht der Satz gefolgert werden, daß dem Pabst, als Gottes Statthalter, das Recht zustehe, eine vollkommene Ehescheidung, des unauflöslichen Sacraments der Ehe ungeachtet, zu gestatten. Denn da das Band bey der geistlichen Ehe ungleich stärker seyn soll, als bey der unter Menschen, und doch dem Pabst das Recht zugeschrieben wurde, das so feste Band der geistlichen Ehe zu trennen; so mußte ihm eben dieses Recht bey der Ehe unter Menschen um so gewisser zukommen [38]. Allein noch mehrere päbstliche sogenannte Reservatrechte wurden darauf gegründet. Es ist keinem Zweifel unterworfen, daß ein Bischoff aus wichtigen Gründen sein Bißthum freywillig niederlegen kann [39]. Nur wurde ehehin auf den Provincialsynoden vorerst eine Untersuchung über diese Ursachen angestellt [40]. Auf eben diesen Provincialversammlungen wurden die Translationen der Bischöffe vorgenommen. Dieses dauerte bis zum neunten Jahrhundert. Nachher fieng man an die päbstliche Einwilligung darzu einzuholen. Es vergiengen aber doch noch ein Paar Jahrhunderte, bis ein allgemeines Kirchengesetz diesen Gegenstand dem Pabst allein zusprach [41]. Eben so wurden die Absetzungen der Bischöffe auf den Provincialconcilien vorgenommen [42]. Alle diese Gegenstände wußten die Päbste blos allein an sich zu ziehen. Das Decret des Gratians, der aus Isidors Quelle schöpfte, gab die Veranlassung. Hauptsächlich gehören folgende Stellen hieher. C. 11. Caus. VII. Qu. 1. Vermöge des angeblichen Briefs des P. Evaristus, soll aus dem von der geist-

38) Eybel am ang. O. III. Th. §. 200. not. a. Ditterich in der ang. Diss. Cap. 2. §. 14.

39) DE DOMINIS de republica ecclesiastica, Lib. II. Cap. 7. n. 25.

40) FLORENS ad tit. Decr. de renunciatione. Op. T. I. pag. 289.

41) Ditterich Cap. I. §. 10—12. Cap. II. §. 1—5.

42) de MARCA de concordia Imperii et sacerdotii Lib. VII. Cap. 1. 2. FEBRONIUS de statu ecclesiae et legitima potestate Romani Pontificiis, Tom. I. Cap. 4. §. 8.

geistlichen Ehe hergenommenen Grunde kein Bischoff seine Kirche verlassen. Unter den Ausnahmen von dieser Regel steht nun: vel apostolica mutatione. Nach dem C. 34. ebend. ist es erlaubt, aus Noth oder wegen Nutzens der Kirche, Veränderungen mit Bischöffen vorzunehmen. Aber §. 1. mit dem Beysatze: non tamen sine sacrosanctae Romanae sedis auctoritate et licentia. In dem C. 39. ebend. das dem P. Calixt zugeschrieben wird, und auch von diesen Veränderungen, mit analogischen Schlüssen vom Ehestande, handelt, steht wieder et auctoritate huius sanctae sedis. Auf diese Stellen gestützt, wagte es Innocenz III. Cap. 2. u. 4. X. de translat. Episc. zuerst 43), die Resignationen, Translationen und Depositionen der Bischöffe dem Pabst, als vermeintlichen Statthalter Gottes, ausschließungsweise zuzueignen. Hier mußte nun, wie der Augenschein zeigt, die Lehre von der geistlichen Vermählung des Bischoffs mit seiner Kirche und die biblische Stelle: was Gott zusammen gefügt hat, das soll der Mensch nicht scheiden, den Hauptbeweisgrund ausmachen. Hierauf folgt nun die entscheidende Stelle in dem Cap. 2. Non enim humana, sed potius divina potestate coniugium spirituale dissolvitur, cum per translationem, depositionem, aut cessionem auctoritate Romani Pontificii, quem constat esse vicarium Iesu Christi, Episcopus ab ecclesia removetur et ideo tria haec, quae praemisimus, non tam constitutione canonica, quam institutione divina, soli sunt Rom. Pontifici reservata. Da nun endlich, vermöge des Bandes der geistlichen Ehe, ein Bischoff, der schon mit einem Bißthum versehen ist, zu einem andern nicht gewählt, sondern nur postulirt werden kann 44), daferne er nicht von dem Pabst ein sogenanntes breve eligibilitatis erhalten hat 45), so sieht man leicht, welchen einträglichen Einfluß unsere Lehre auch in diese Materien gehabt habe.

43) Ditterich Cap. II. §. 9. 10. Neller cit. diss. 2. §. 10.

44) Cap. 6. X. de postul. Prael.

45) Neller de postulationc Praelatorum pag. 16.

Bayerische Staatsbibliothek München

22 Monday.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Geiger, Johann Burkhard, 1743-1809

Merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit mit beygefügten Urtheilen und Gutachten der Erlangischen Juristenfacultät
Bd.: 1

Erlangen (1792)

Decis. 43-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10396897-9
VD18 90122143